

Rett til flyktningstatus på grunn av seksuell orientering

Etter utlendingsloven av 15. mai 2008 nr. 35 § 28 (1) bokstav a

Kandidatnummer: 631

Leveringsfrist: 25.11.2015

Antall ord: 17 866



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens aktualitet, tema og problemstilling	1
1.2	Begrepsavklaringer.....	2
1.3	Seksuell orientering og menneskerettigheter	3
1.4	Oppgavens avgrensninger og den videre fremstillingen	5
2	RETTSKILDEBILDET.....	6
2.1	Nasjonale rettskilder.....	6
2.2	Forholdet mellom norsk rett og internasjonal rett	7
2.3	Internasjonale rettskilder	8
2.3.1	Flyktningkonvensjonen.....	8
2.3.2	Menneskerettighetskonvensjoner.....	9
2.3.3	EU-retten.....	9
2.3.4	Kort om traktatolkning.....	10
2.3.5	Andre lands praksis.....	10
3	ASYL OG BESKYTTELSE.....	11
3.1	Retten til asyl og dens rettsvirkninger	11
4	FLYKTNINGBEGREPET.....	12
4.1	Flyktningdefinisjonen.....	12
5	BEVISVURDERINGEN.....	14
5.1	Innledning.....	14
5.2	Fri bevisføring og bevisvurdering	14
5.2.1	Hvem har ansvaret for å opplyse saken?.....	14
5.2.2	Beviskravet.....	16
5.2.3	Troverdighet.....	18
6	VILKÅRENE FOR FLYKTNINGSTATUS	21
7	UTENFOR HJEMLANDET (I NORGE)	22
8	KONVENSJONSGRUNNER.....	22
8.1	Kravet om årsakssammenheng.....	22
8.2	Forfølgelsesgrunnen medlemskap i en spesiell sosial gruppe.....	23

9	FORFØLGELSE	26
9.1	Generelt om begrepet forfølgelse	26
9.2	Hvem er forfølgeren?	28
9.3	Særlig om forfølgelse på grunn av seksuell orientering.....	28
9.3.1	Fysisk og psykisk vold, herunder seksualisert vold	28
9.3.2	Diskriminering og trakassering.....	29
9.3.3	Frihetsberøvelse	30
10	VELBEGRUNNET FRYKT	33
10.1	Innledning	33
10.2	Risikovurderingen	33
10.3	Den konkrete risikovurderingen.....	35
10.4	Rettstilstanden etter Rt. 2012 s. 494	39
10.4.1	Innledning	39
10.4.2	Plikter søkeren å opptre diskret for å unngå forfølgelse?	40
10.4.3	Hvordan vil søkeren opptre ved retur?	41
10.4.4	Årsaken til at søkeren skjuler sin seksuelle orientering	42
10.5	Kritikk av Høyesteretts metode.....	46
10.5.1	Problematisk metode	46
10.5.2	Sammenlignet med andre konvensjonsgrunner	46
11	MANGEL PÅ BESKYTTELSE FRA HJEMLANDET	52
11.1	Internflukt.....	53
12	AVSLUTNING	55
	LITTERATURLISTE.....	57

1 Innledning

1.1 Oppgavens aktualitet, tema og problemstilling

I 2014 var det totalt 59,5 millioner mennesker på flukt i verden – 8,3 millioner flere enn i rekordåret 2013. Stadig flere flykter fra krig, konflikt, naturkatastrofer og forfølgelse – ikke siden de store flyktningstrømmene etter andre verdenskrig har så mange mennesker vært på flukt.¹

Hvert år kommer det flere tusen mennesker til Norge for å søke om beskyttelse. I 2014 ankom 11 480 asylsøkere Norge² og i løpet av årets første ti måneder (januar-oktober) har allerede 21 946 mennesker søkt om flyktningstatus i Norge.³

En årsak til at noen mennesker velger å forlate hjemlandet, og komme til Norge, er fordi de har opplevd eller frykter å oppleve forfølgelse på grunn av seksuell orientering. Selv om fokuset på seksuelle minoriteters rettigheter har økt de siste årene, er det fortsatt mye arbeid som gjenstår. I dag lever nesten 2,8 milliarder mennesker i land hvor det å identifiseres som homofil kan medføre fengsling, vold eller død.⁴ Homofili er kriminalisert i nesten 80 land – syv av disse med dødsstraff.⁵ I tillegg rammes homofile over store deler verden av trakassering, diskriminering og avvising fra familie, venner og lokalsamfunn. Noen velger derfor å forlate hjemlandet – på jakt etter et fristed hvor det er mulig å leve ut sin seksuelle orientering uten å risikere forfølgelse.

Oppgavens tema er hvordan en person på grunn av seksuell orientering kan anerkjennes som flyktning etter utlendingsloven § 28 (1) bokstav a. Kun søkere som har et reelt beskyttelsesbehov vil oppfylle vilkårene til flyktningstatus.

Oppgaven vil redegjøre for de vilkår som må være oppfylt for at søkeren skal anerkjennes som flyktning i Norge. I den forbindelse vil oppgaven ta for seg de særlige problemstillinger som oppstår i forbindelse med vurderingen av søkerens beskyttelsesbehov. Av særlig relevans er metoden Høyesterett oppstilte i Rt. 2012 s. 494.

¹ Flyktningregnskapet (2015) s. 4. Det er registrert 21,3 millioner flyktninger (som har krysset en internasjonal grense) og 38,2 millioner internt fordrevne mennesker

² UDI (statistikk) – Asylsøknader 2014

³ UDI (statistikk) – Asylsøknader 2015

⁴ Roth(2014)

⁵ Amnesty International – «Seksuell orientering og kjønnsidentitet»

Oppgavens problemstilling handler om i hvilken grad forfølgelse på grunn av seksuell orientering kan gi rett til flyktningstatus.

1.2 Begrepsavklaringer

I det følgende vil en del begreper som er benyttet i oppgaven bli nærmere forklart. Det er ikke alle begreper som har det samme innhold i juridisk sammenheng som i det daglige språk.

En **flyktning** er en person som har forlatt sitt hjemland av frykt for å bli utsatt for forfølgelse «på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning». Disse forfølgelsesgrunnene vil bli omtalt som **konvensjonsgrunner**. For å bli anerkjent som flyktning må personen oppfylle vilkårene i flyktningdefinisjonen jf. Flyktningkonvensjonen (FK)⁶ art. 1 A og utlendingsloven (utl.)⁷ § 28(1) bokstav a. Etter norsk rett kan også en person anerkjennes som flyktning dersom vedkommende står i en «*reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet*», jf. utl. § 28 (1) bokstav b. Denne oppgaven vil avgrenses mot bokstav b.

Personer som oppfyller vilkårene til flyktningstatus har rett til **asyl** (oppholdstillatelse) i Norge, jf. utl. § 28 (2). Ordet asyl stammer fra det greske ordet «asylon» som betyr fristed eller tilfluktsted mot forfølgelse.⁸ Asyl innebærer at personer som har behov for beskyttelse får dette i et annet land enn sitt eget.

En person som kommer til Norge for å søke beskyttelse (asyl) blir betegnet som **asylsøker** frem til søknaden er ferdig behandlet. Oppfyller personen vilkårene til flyktningstatus er vedkommende ikke lenger asylsøker, men flyktning. I denne oppgaven vil en asylsøker bli omtalt som søkeren.

Denne oppgaven handler om mennesker som søker beskyttelse på grunn av **seksuell orientering**. En persons seksuelle orientering omhandler hvem man blir forelsket i, seksuelt tiltrukket av og hvem man ønsker å være sammen med.⁹ Begrepet peker på hvilket kjønn en persons kjærlighet og/eller seksualitet er rettet mot.¹⁰ Dette kan være personer av det motsatte eller samme kjønn. Begrepet inkluderer både seksuell legning og seksuell praksis, men

⁶ FNs konvensjon om flyktnings stilling (1951) – (FK)

⁷ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) – «utl»

⁸ Øyen(2013) s. 180 jf. Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 414

⁹ LHBT-ordlista

¹⁰ Prop.88 L s. 110

omfatter ikke særlige seksuelle preferanser eller aktiviteter.¹¹ Seksuell legning og seksuell orientering er to begreper som blir benyttet om hverandre. Denne oppgaven vil benytte seksuell orientering, da dette oppfattes som et åpnere begrep som rommer mer variasjon.¹²

Begrepet seksuell orientering omfatter i rettslig sammenheng **homofile, lesbiske** og heterofile. En homofil mann tiltrekkes av andre menn, mens en homofil kvinne tiltrekkes av andre kvinner. Homofile kvinner omtales gjerne som lesbiske. Videre anses begrepet homofili mer egnet enn homoseksuell, all den tid begrepet omhandler noe mer enn personens seksualitet. Det inkluderer også personens identitet, følelser og samliv. Homofile og lesbiske kan videre ha heteroseksuell praksis uten at dette får innvirkning på deres seksuelle identitet.¹³ En person som tiltrekkes av eller forelsker seg i mennesker uavhengig av kjønn omtales som **bifil**.

Seksuelle minoriteter er en samlebetegnelse for de ulike gruppene i samfunnet som har en seksuell orientering og/eller kjønnsidentitet som skiller seg helt eller delvis ut fra majoriteten i samfunnet. Eksempler på seksuelle minoriteter er lesbiske, homofile, bifile og transpersoner,¹⁴ som ofte forkortes **LHBT**. Begrepet benyttes særlig for å favne disse gruppene som ofte har noen av de samme utfordringene i samfunnet og favner både betegnelser knyttet til seksuell orientering (LHB) og kjønnsidentitet (T). Denne oppgaven vil først og fremst fokusere på homofile asylsøkere, men vil også benytte LHBT-begrepet som en fellesbetegnelse for seksuelle minoriteter.

1.3 Seksuell orientering og menneskerettigheter

Alle mennesker har en eller annen form for seksuell orientering. Dette er en grunnleggende uforanderlig egenskap som er en fundamental del av personens identitet. Seksuell orientering kan ikke velges eller endres, det er noe alle mennesker har i en eller annen form. Et menneske kan derfor ikke selv velge å være heterofil eller homofil.

Retten til å ha og leve ut sin seksuelle orientering fremkommer ikke eksplisitt i noen internasjonale menneskerettskonvensjoner. Retten kan imidlertid utledes av retten til privatliv i både Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 8 og FNs konvensjonen om

¹¹ Prop.88 L s. 110

¹² Bla. LLHs «begrepsguide»

¹³ LHBT-ordlista

¹⁴ Begrepet kommer fra det engelske ordet «transgender». Et samlebegrep for personer som har en kjønnsidentitet og/eller et kjønnsuttrykk som ulikt vis uttrykker et annet kjønn enn det som ble registrert ved fødsel, som bl.a. transseksuelle og transvestitter, se LBHT-ordlista jf. Prop.88L (2012-2013) s. 110. Kjønnssidentitet/kjønnsuttrykk har ingen sammenheng med personens seksuelle orientering

sivile og politiske rettigheter (heretter SP) art. 17.¹⁵ Et straffeforbud mot «homoseksuelle handlinger» ble av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) allerede i 1981 ansett å være i strid med retten til privatliv i EMK,¹⁶ og i 1994 kom FNs menneskerettighetskomite frem til at et tilsvarende forbud var i strid med SP.¹⁷

Menneskerettigheter er universelle rettigheter som skal gjelde for alle mennesker på lik linje, uten forbehold og uten unntak. I FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (Verdenserklæringen) art. 1 fremkommer det at «*alle mennesker er født frie og med samme menneskeverd og menneskerettigheter.*» Dette innebærer at alle mennesker skal behandles likt, uavhengig av personens kjennetegn som eksempelvis kjønn, etnisitet, religion eller seksuelle orientering.

Etter verdenserklæringen er det vedtatt en rekke menneskerettskonvensjoner som inneholder ikke-diskrimineringsbestemmelser, som alle har bidratt til å styrke menneskerettsvernet. Disse bestemmelsene forplikter medlemsstatene til å respektere menneskerettighetene og sikre at konvensjonens rettigheter for alle mennesker, uten diskriminering, uavhengig av personens kjennetegn. Imidlertid blir ikke disse menneskerettighetene respektert i alle land.

Det var lenge usikkert om diskriminering på grunn av seksuell orientering var omfattet av ikke-diskrimineringsbestemmelsene, da seksuell orientering ikke er omfattet i oppramsingen av diskrimineringsgrunnlag. Disse bestemmelsene anses ikke som uttømmende jf. «other status», og både diskrimineringsgrunnlaget «sex» (kjønn) og «other status» har blitt benyttet til å inkludere seksuell orientering under diskrimineringsvernet i både EMK art. 14 og SP art. 2 (1) og 26.¹⁸ EU på sin side, har uttrykkelig nevnt et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering i sitt charter om menneskerettigheter.¹⁹

I 2011 vedtok FNs menneskerettsråd en historisk resolusjon da et flertall av rådets medlemmer for første gang uttalte en alvorlig bekymring for de voldshandlinger og diskriminering som rammer mennesker over hele verden, på grunn av deres seksuelle

¹⁵ Øyen(2013) s. 270

¹⁶ Dodgeon vs. United Kingdom, avsnitt 41

¹⁷ Toonen vs. Australia, avsnitt 8.6-8-7

¹⁸ Se bl.a Toonen mot Austalia avsnitt 8.7

¹⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union art. 21

orientering.²⁰ Dette ble gjentatt ved en ny resolusjon i 2014.²¹ Ingen av resolusjonene har imidlertid vært enstemmige²² og begge har i ettertid møtt stor motstand.

Selv om seksuell orientering og menneskerettigheter har fått betydelig oppmerksomhet de senere år, er det mye som gjenstår før målet om å sikre at de universelle menneskerettighetene som statene har påtatt seg, også gjennomføres ovenfor seksuelle minoriteter.²³ Mange mennesker vil derfor fortsatt risikere forfølgelse på grunn av sin seksuelle orientering og av den grunn kunne oppfylle vilkårene til flyktningstatus i utl. § 28 (1) a.

1.4 Oppgavens avgrensninger og den videre fremstillingen

Denne oppgaven tar utgangspunkt i den universelle flyktningdefinisjonen i utl. § 28 (1) bokstav a jf. Flyktningkonvensjonen art. 1 A(2). Oppgaven vil primært omhandle forfølgelse på grunn av konvensjonsgrunnen «spesiell sosial gruppe» – herunder seksuell orientering. Selv om oppgaven først og fremst vil fokusere på homofile asylsøkere, vil reglene gjelde tilsvarende for andre seksuelle minoriteter.

Oppgaven vil avgrenses mot utl. § 28 (1) b²⁴ og opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket jf. utl. § 38, da seksuelle minoriteter her behandles på like vilkår som andre asylsøkere. Videre vil ikke utlendingslovens utelukkelse og opphørsklausuler bli behandlet.

²⁰ A/HRC/RES/17/19

²¹ A/HRC/RES/27/32

²² 2011: Vedtatt med 23 mot 19 stemmer - 2014: Vedtatt med 25 mot 14 stemmer.

²³ Meld.St.10 (2014-2015) s. 37-38

²⁴ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) –«utl»

2 Rettskildebildet

2.1 Nasjonale rettskilder

Den sentrale rettskilden i norsk utlendings- og flyktningrett er lov om utlendingers adgang til riket, og deres opphold her (utlendingsloven, utl.). Loven trådte i kraft 01.01.2010 og utfylles av utlendingsforskriften (uf.) fra 2009.²⁵

Lovens formål er å regulere og kontrollere inn- og utreise og utlendingers opphold i riket, dette i samsvar med norsk innvandringspolitikk og våre internasjonale forpliktelser jf. utl. § 1. I tillegg skal loven sørge for at utlendinger som har krav på beskyttelse i henhold til våre folkerettslige forpliktelser får slik beskyttelse, jf. § 1 (3). Bestemmelsen tydeliggjør at Norges folkerettslige forpliktelser er av stor betydning ved vurderingen av søkerens beskyttelsesbehov.

Lovens kapittel 4 inneholder regler om oppholdstillatelse for utlendinger som trenger beskyttelse. De aktuelle bestemmelsene for å avgjøre om søkeren skal bli anerkjent som flyktning er utl. §§ 28-30, som igjen utfylles av utlendingsforskriften §§ 7-1 og 7-2. Så lenge det finnes en lovbestemmelse, skal utgangspunktet for tolkningen være lovens ordlyd.²⁶

Forarbeidene gir uttrykk for lovgivers vilje og kan gi nyttig veiledning for tolkningen av lovens bestemmelser. De mest sentrale forarbeidene er utlendingslovutvalgets utredning og forslag til ny lov i NOU 2004:20,²⁷ departementets forlag og kommentarer til ny lov i Ot. prp. Nr. 75 (2006-2007)²⁸ og Kommunal- og forvaltningskomiteens innstilling til Odelstinget i Innst. O nr. 42 (2007-2008).²⁹

Rettspraksis, og særlig avgjørelser avsagt av Høyesteretts er en annen sentral rettskilde for tolkningen av loven. Selv om det tradisjonelt har vært få høyesterettsavgjørelser på asylfeltet, er det de siste årene avsagt flere viktige og prinsipielle dommer. Av særlig relevans for denne oppgaven er Rt. 2012 s. 494. Her oppstilte Høyesterett en metode for vurderingen av beskyttelsesbehov basert på asylgrunnlaget seksuelle orientering, samtidig som domstolen tok

²⁵ Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

²⁶ Eckhoff(2000) s. 39

²⁷ NOU 2004:20 Ny utlendingslov

²⁸ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

²⁹ Innst.O.nr.42 (2007-2008) fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

stilling til om det kan oppstilles et krav om at søkeren opptrer diskret for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Praksis fra utlendingsforvaltningen, UDI og UNE reflekterer hva som vektlegges i forvaltningen. Praksisen har som utgangspunktet begrenset rettskildemessig vekt for andre enn forvaltningen selv.³⁰ Forvaltningspraksisen finnes blant annet i Justis- og beredskapsdepartementets rundskriv og instruks, UDIs rundskriv, interne meldinger og praksisnotat og i UNEs praksisnotater og praksisbase.³¹

2.2 Forholdet mellom norsk rett og internasjonal rett

Forholdet mellom norsk og internasjonal rett bygger i utgangspunktet på et dualistisk system. Dette medfører at internasjonale regler må gjennomføres særskilt for at konvensjoner Norge er bundet av skal bli en del av norsk rett, normalt enten ved inkorporasjon eller transformasjon. Utgangspunktet er at dersom det oppstår motstrid mellom norsk og internasjonal rett, går den norske regelen foran. Dette utgangspunktet modifiseres av presumsjonsprinsippet, som innebærer at norsk rett skal tolkes i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, så langt det er mulig.³²

På utlendingsfeltet er det annerledes. Utlendingsretten er et internasjonalt preget rettsområde, og Norges internasjonale forpliktelser er regulert av utlendingsretten jf. utl. § 3. Bestemmelsen fastslår at «*Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling*». Her siktes blant annet til konvensjonene om menneskerettighetene.³³

Kravet om «samsvar» innebærer at utlendingsloven skal tolkes i tråd med presumsjonsprinsippet, og så lenge det er i utlendingens favør skal det tolkningsalternativet som harmoniserer best med våre internasjonale forpliktelser velges. Ved en eventuell motstrid, fremgår det av forarbeidene at det tolkningsalternativ som gjør at folkerettsbrudd unngås skal anvendes. Videre skal de internasjonale reglene som Norge er bundet av benyttes til å tolke og utfylle loven, til erstatning for eller med gjennomslagskraft for lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning.³⁴

³⁰ Øyen(2013) s. 32

³¹ *Ibid*

³² Øyen(2013) s. 32 Se f.eks. Rt-2000-1811 (s. 1826)

³³ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 47

³⁴ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 401

Formålet med bestemmelsen er å styrke utlendingers rettigheter og sikre at menneskerettighetene gjennomføres på utlendingsrettens område. At menneskerettighetene skal respekteres følger også av Grunnloven (Grl.) § 92 (tidligere § 110c). Der fremkommer det at myndighetene skal respektere og sikre menneskerettighetene i Grunnloven og de øvrige menneskerettighetskonvensjonene som Norge er bundet av.³⁵ Retten til privatliv, familieliv og den personlige integritet, jf. Grl. § 102, er noen av menneskerettighetene som er av stor betydning for seksuelle minoriteter i samfunnet i dag.

2.3 Internasjonale rettskilder

2.3.1 Flyktningkonvensjonen

Flyktningkonvensjonen (FK) – konvensjonen om flyktnings rettslige stilling av 28. juli 1951 med tilleggsprotokoll fra 1967, er den sentrale konvensjonen på flyktningrettens område. Konvensjonen fastsetter hvem som skal anses som flyktning, hvilke rettigheter flyktninger har krav på, samt medlemsstatenes forpliktelser. Den viktigste rettigheten er at ingen flyktninger kan returneres til forfølgelse jf. FK art. 33 nr. 1.

Norge er et av nesten 150 land som har ratifisert Flyktningkonvensjonen og/eller tilleggsprotokollen, og således forpliktet til å gi flyktningene de rettighetene de har krav på etter konvensjonen. Selv om konvensjonen ikke er gjennomført særskilt i norsk rett, inneholder utlendingsloven flyktningkonvensjonens sentrale bestemmelser. Av særlig relevans for denne oppgaven er den universelle flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen art. 1 A(2) som er gjengitt i utl. § 28(1) bokstav a.

2.3.1.1 FNs Høykommisjonær for flyktninger – UNHCR

Det finnes ingen internasjonale overprøvings- eller håndhevingsorganer som kan avgjøre individklager i den internasjonale flyktningretten.³⁶ Det eneste tilsynsorganet er UNHCR, FNs høykommisjonær for flyktninger som ble opprettet i 1951. De skal kontrollere medlemsstatenes anvendelse av konvensjonen, samtidig som medlemsstatene er pålagt å samarbeide med UNHCR.³⁷

UNHCR utgir videre en rekke anbefalinger som er et hjelpemiddel for tolkning og praktiseringen av konvensjonen. De viktigste tolkningsanbefalingene fremgår av

³⁵ Øyen(2013) s. 33

³⁶ Øyen(2013) s. 35

³⁷ FK art. 35 nr. 1 og utl. § 98

Håndboken.³⁸ I tillegg har UNHCR utgitt en rekke mer detaljerte retningslinjer og anbefalinger som skal supplere og utfylle Håndboken, blant annet retningslinjer vedrørende forfølgelsesgrunnen seksuell orientering.³⁹

Anbefalingene fra UNHCR regnes som «*soft law*» og er ikke rettslig bindende for medlemsstatene. Allikevel tillegges anbefalingene betydelig vekt i norsk og internasjonal flyktningrett. I forarbeidene til utlendingsloven fremkommer det blant annet «...*særlig når det gjelder UNHCRs anbefalinger om beskyttelse må utgangspunktet være at utlendingsforvaltningen legger stor vekt på anbefalingen.*»⁴⁰ Uttalelsene er senere lagt til grunn av Høyesterett.⁴¹

2.3.2 Menneskerettighetskonvensjoner

Norge er bundet av en rekke internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som forplikter staten til å respektere og beskytte grunnleggende menneskerettigheter. Ved lov 21. mai 1999 nr. 40 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven, mrl.) ble visse konvensjoner inkorporert i norsk rett. Disse konvensjonene skal gjelde som norsk lov og ved motstrid har disse forrang foran annen lovgivning, jf. mrl. § 3 jf. § 2.

EMK og SP er to av konvensjonene som er inkorporert i norsk rett ved menneskerettighetsloven. Begge konvensjonene beskytter sivile og politiske rettigheter og er av betydning for og kan påberopes direkte av asylsøkere og flyktninger i Norge. EMK angir blant annet i art. 15 nr. 2 grunnleggende menneskerettigheter som medlemslandene ikke under noen omstendigheter kan fravike. Disse har betydning for tolkningen av forfølgelsesbegrepet, jf. utl. § 29 (1) b.

2.3.3 EU-retten

EU har opprettet et felles europeisk asylsystem – «*Common European Asylum System*» (CEAS) for å sikre et harmonisert og rettferdig asylsystem hvor flyktningene blir behandlet likt uavhengig av hvor de søker asyl.⁴² CEAS består av flere regelverk – deriblant

³⁸ Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling – (Håndboken)

³⁹ Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status base on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1 A of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relation to the Status of Refugees – (HCR/GIP/12/09)

⁴⁰ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 73

⁴¹ Se f.eks. Rt-2010-858 avsnitt 44

⁴² Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 70

Statusdirektivet,⁴³ som angir minimumsrettigheter for hvem som kvalifiserer for internasjonal beskyttelse.⁴⁴ Hensikten bak direktivet er å sikre at personer som trenger internasjonal beskyttelse faktisk får det.⁴⁵ Direktivet ble opprinnelig vedtatt i 2004, og i 2011 ble den reviderte versjonen vedtatt.

Gjennom Schengen- og Dublin-samarbeidet er Norge tett knyttet til europeisk asyl og flyktningpolitikk. Selv om Statusdirektivet ikke er rettslig bindende for Norge, har det stor betydning i praksis. Statusdirektivet gir uttrykk for europeisk asylpolitikk, og i forarbeidene til utlendingsloven fremkommer det at det har vært en målsetning at Norge fører tilnærmet samme asylpolitikk som de fleste andre europeiske land.⁴⁶ Flere av utlendingslovens bestemmelser er basert på direktivet, og både Statusdirektivet og uttalelser fra EU-domstolen vil derfor være relevante for tolkningen av utl. §§ 28-30.

2.3.4 Kort om traktattolkning

Menneskerettskonvensjonene, herunder blant annet FK og EMK må tolkes i lys av Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969 art. 31-33. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men konvensjonens alminnelige tolkningsprinsipper for traktattolkning gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett og blir benyttet i norsk rett.⁴⁷ Hovedregelen fremgår av art. 31 nr. 1, og konvensjonens enkelte ord og uttrykk skal tolkes i god tro («good faith») i samsvar med en naturlig forståelse («in accordance with the ordinary meaning») i sin sammenheng og i lys av konvensjonens formål («object and purpose»). Videre skal partenes etterfølgende praksis også tillegges vekt hvis den etablerer enighet om tolkningen, jf. art. 31 nr. 3 bokstav b.

2.3.5 Andre lands praksis

All den tid flyktningretten er et internasjonalt rettsområde, hvor det overordnede målet er et felles harmonisert europeisk asylsystem, vil det kunne være relevant å se til andre staters praksis på asylfeltet. Andre lands rettspraksis, lovgivning, og retningslinjer vil kunne være av betydning. Vekten vil bero på om praksisen er fast og ensartet. En tolkning som har fått bred aksept fra de øvrige konvensjonspartene, vil normalt vektlegges tungt.⁴⁸

⁴³ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council av 13 desember 2011(Statusdirektivet)

⁴⁴ Statusdirektivet art. 1 jf. Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 70

⁴⁵ *Ibid*

⁴⁶ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 73

⁴⁷ Se f.eks. Rt-2012-494 avsnitt 33

⁴⁸ Øyen(2013) s. 39

Flere nasjonale domstoler ser derfor til andre lands praksis, og viser til hverandre ved løsning av rettslige problemstillinger. Dette gjorde Høyesterett i Rt. 2012 s. 494.⁴⁹ I denne sammenheng må det bemerkes at andre lands praksis kun vil kunne tjene som veiledning for tolkningen, det vil ikke være rettslig bindende for Høyesterett.

3 Asyl og beskyttelse

3.1 Retten til asyl og dens rettsvirkninger

Enhver har rett til å forlate sitt hjemland og søke om beskyttelse (asyl) i et annet land. Denne retten er en grunnleggende menneskerett som er nedfelt i FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948 art. 14 og anses i dag for å være folkerettslig sedvanerett.⁵⁰ Retten innebærer at enhver har rett til å forlate sitt hjemland og søke asyl i et annet land, men retten er ikke ensbetydende med at søkeren faktisk innvilges asyl. Det avgjør den enkelte stat i kraft av statens suverenitet.⁵¹

For å ha rett til asyl i Norge, må personen anerkjennes som flyktning. Personen må da melde seg som asylsøker hos Politiets Utlendingsenhet (PU). De foretar det første intervjuet, og personen blir deretter registrert som asylsøker. Den videre behandlingen utføres av Utlendingsdirektoratet (UDI). Det er de som foretar den rettslige vurderingen, og avgjør om personen skal innvilges asyl eller ikke, basert på det nasjonale og internasjonale regelverket.

Asylsøkerens intervju hos UDI anses som det viktigste som skjer under asylprosessen.⁵² Her vil asylsøkeren ha anledning til å fortelle om seg selv og bakgrunnen for søknaden om beskyttelse. Basert på opplysningene som fremkommer under intervjuet, vil UDI behandle søknaden og fatte et vedtak. Søknaden vil enten innvilges eller avslås, og et eventuelt avslag vil kunne påankes til Utlendingsnemnda (UNE), som vil vurdere klagen. UNEs vedtak er i utgangspunktet endelig, men vedtaket kan både bli begjært omgjort og bringes inn for tingretten ved stevning.

Dersom søkeren oppfyller vilkårene til flyktningstatus etter utl. § 28 (1), og søknaden innvilges, vil søkeren anerkjennes som flyktning, og dermed ha rett til asyl i Norge. Dette er en absolutt rettighet som ikke skal avveies mot eventuelle innvandringsregulerende hensyn.

⁴⁹ Avsnitt 40-51

⁵⁰ NOU 2004:20 s. 72

⁵¹ Øyen(2013) s. 181

⁵² NOAS: Asylprosessen i Norge

Dersom søkeren innvilges oppstår to viktige rettsvirkninger.

For det første har utlendingen rett til oppholdstillatelse i Norge, jf. utl. § 28 (2) jf. lovens kapittel 7. Oppholdstillatelsen - en tillatelse til opphold – gis som en midlertidig tillatelse for en periode på ett til inntil tre år.⁵³ Retten til oppholdstillatelse følger ikke av flyktningkonvensjonen, som ikke inneholder noen regler om asyl. Norge gir således flyktningene bedre rettigheter enn hva staten er forpliktet til etter konvensjonen.

Medlemsstatene er imidlertid forpliktet til å gi flyktningene beskyttelse, jf. «non refoulement-prinsippet» i FK art. 33. Prinsippet stammer fra det franske ordet «refouler» som betyr å sende eller drive tilbake,⁵⁴ og omtales som et «returvern» eller «utsendelsesvern». Prinsippet som opprinnelig fulgte av folkerettslig sedvanerett og senere kodifisert i blant annet FK art. 33,⁵⁵ innebærer at ingen stater kan sende en person tilbake til et land hvor deres liv eller sikkerhet vil være truet på grunn av en av konvensjonsgrunnene i flyktningdefinisjonen. Flyktninger og asylsøkere er derfor vernet mot utsendelse, jf. utl. § 73.⁵⁶

4 Flyktningbegrepet

4.1 Flyktningdefinisjonen

I følge den universelle flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonen art. 1 A(2) er en flyktning en person som har en reell frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning, som befinner seg utenfor hjemlandet og som ikke kan eller er uvillig til å motta hjemlandets beskyttelse:

«...owing to well founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country...»

⁵³ Se utl. § 60 jf. uf. § 10-13

⁵⁴ Øyen(2013) s. 336

⁵⁵ NOU 2004:20 s. 134

⁵⁶ Fra utsendelsesvernet i utl. § 73 (1) gjelder likevel to unntak jf. § 73 (1) bokstav a og b. Utl. § 73 (2) inneholder et absolutt vern mot utsendelse uten forbehold. «Non refoulement-prinsippet» følger også av flere andre konvensjoner, eksempelvis EMK art. 3. Fra EMK art. 3 foreligger det ingen forbehold eller unntak

Definisjonen omfatter ikke alle mennesker som normalt omtales som flyktninger i dagligtalen. For det første må personen som flykter ha krysset en internasjonal grense for at personen skal anses som flyktning. Dette medfører at den største gruppen mennesker på flukt; de internt fordrevne – mennesker som ikke har forlatt hjemlandet, ikke er omfattet av definisjonen. Heller ikke mennesker som flykter fra fattigdom, nød eller naturkatastrofer regnes som flyktninger etter Flyktningkonvensjonen,⁵⁷ da de ikke oppfyller en av konvensjonsgrunnene, jf. FK art. 1 A(2).

I norsk rett fremgår flyktningdefinisjonen av utl. § 28 (1) bokstav a. Her fremkommer det at en utlending som er i Norge skal anerkjennes som flyktning dersom han eller hun:

«...har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å pårope seg sitt hjemlands beskyttelse jf. flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A og protokoll 31. januar 1967...»

Den norske bestemmelsen er en oversatt og forkortet gjengivelse av Flyktningkonvensjonen art. 1A (2), og som konvensjonspart er vi forpliktet til å tolke bestemmelsen på samme måte.⁵⁸ I utl. §§ 29-30 finnes nærmere tolkningsveiledning vedrørende hva som kreves for å anerkjennes som flyktning og disse er langt på vei tilsvarende Statusdirektivets bestemmelser,⁵⁹ som igjen bygger på den universelle flyktningdefinisjonen jf. direktivets art. 2(d).

Denne oppgaven behandler de særlige problemstillingene som oppstår i relasjon til mennesker som søker om beskyttelse på grunn av seksuell orientering. Dersom en person søker om beskyttelse på grunn av identitetstrekket seksuell orientering, må det først vurderes om søkeren er homofil eller vil bli oppfattet som homofil i hjemlandet. Før de ulike vilkårene for flyktningstatus blir behandlet, vil oppgaven først belyse hva som skal til for å bevise at søkeren faktisk har det anførte asylgrunnlaget – seksuell orientering. Dette kalles bevisvurderingen.

⁵⁷ Håndboken pkt. 39

⁵⁸ Jf. utl. § 3. Følger også av henvisningen til Flyktningkonvensjonen art. 1 A i bestemmelsen

⁵⁹ Statusdirektivet art. 9 og 10

5 Beisvurderingen

5.1 Innledning

For å kunne vurdere om søkeren har et beskyttelsesbehov på grunn av seksuell orientering må utlendingsmyndighetene avgjøre hvilket faktum som skal legges til grunn i vurderingen. Formålet med beisvurderingen er å klarlegge sakens fakta. Alle relevante opplysninger må derfor fremskaffes og vurderes, og i tillegg til søkerens asylgrunnlag vil også blant annet søkerens identitet, bakgrunn og historie være av betydning, sammen med årsaken til at søkeren forlot hjemlandet og bakgrunnen for søkerens frykt for å returnere til hjemlandet.

I beisvurderingen må utlendingsmyndighetene ta stilling til om søkeren faktisk er homofil eller vil bli oppfattet som homofil i hjemlandet. Utlendingsmyndighetene foretar her en troverdighetsvurdering.

5.2 Fri beisføring og beisvurdering

I asylretten som ellers i norsk rett gjelder som utgangspunkt prinsippet om fri beisføring.⁶⁰ Prinsippet innebærer at partene kan føre de bevis de selv ønsker og anser relevante for saken. Problemet er at bevissituasjonen i asylsaker ofte er mangelfull. Søkerens asylgrunnlag kan være vanskelig å dokumentere, kontrollere og av usikker kvalitet.⁶¹ Derfor må faktagrunnlaget i asylsaker ofte etableres ut fra søkerens egne forklaringer om sitt eget asylgrunnlag, sin bakgrunn og forhistorie, forholdene i hjemlandet sammenholdt med de opplysninger utlendingsmyndighetene har om søkeren og den spesifikke situasjonen i hjemlandet.⁶²

Verken i norsk eller internasjonal rett finnes det generelle regler om beisvurderingen i asylsaker. Utgangspunktet er at det må foretas en helhetlig fri beisbedømmelse, basert på alle sakens opplysninger.⁶³

5.2.1 Hvem har ansvaret for å opplyse saken?

For å klarlegge faktum må sakens opplysninger frem. Utgangspunktet i internasjonal rett er at det er søkeren som har beisbyrden, og derfor har ansvar for å legge frem alle relevante opplysninger om seg selv og sitt asylgrunnlag. I lovens forarbeider fremkommer det at det er

⁶⁰ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 21-3 (1)

⁶¹ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 88

⁶² Vevstad(2010) s. 202

⁶³ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 88

«søkeren som har ansvaret for å sannsynliggjøre sine anførsler så langt dette er mulig».⁶⁴ Håndboken legger videre til grunn at «Det er et generelt juridisk prinsipp at bevisbyrden påhviler den personen som fremsetter et krav».⁶⁵ Det samme er fastslått i Statusdirektivet⁶⁶ og utl. § 94 (4) første punktum.⁶⁷

I norsk rett finnes det ingen generelle regler for når og hvordan opplysningene skal fremlegges. Det mest hensiktsmessige er at saken blir så godt som mulig belyst under asylintervjuet. Imidlertid kan opplysninger også fremmes etter at vedtaket er fattet eksempelvis i en klage, nemndsmøte eller i en omgjøringsanmodning til UNE. Tidspunktet for opplysningene kan imidlertid ha betydning for troverdighetsvurderingen.⁶⁸

Det er derimot ikke bare søkeren som må bidra til å opplyse saken. Utlendingsmyndighetene har på sin side en generell utredningsplikt som fremgår av Håndboken,⁶⁹ forvaltningsloven⁷⁰ § 17 og utl. § 93 (4). Både søkeren og utlendingsmyndighetene må således bidra til å fremskaffe alle relevante opplysninger. Myndighetene har bevisbyrden for at det er trygt å returnere,⁷¹ jf. «non refoulement-prinsippet» i FK art. 33 og utl. § 73, og plikter derfor å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.

- Hvordan kan myndighetene bidra til å opplyse saken?

Utlendingsmyndighetene bør både stille oppfølgingsspørsmål og be søkeren fremlegge eventuell dokumentasjon vedkommende mener å besitte.⁷² Utspørring er kanskje særlig relevant i saker vedrørende seksuell orientering, da dette asylgrunnlaget er særlig vanskelig å bevise. Søkerens forklaring er ofte det eneste beviset, og forklaringen vil omhandle svært personlige og intime deler av en persons identitet, opplevelser, tanker og følelser som kan være vanskelig å snakke om.

Videre bør opplysningene som fremkommer kontrolleres.⁷³ Søkeren anfører eksempelvis medlemskap i en lhbt-organisasjon eller en tidligere straffedom som har sammenheng med

⁶⁴ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 88

⁶⁵ Håndboken pkt. 196

⁶⁶ Statusdirektivet art 4(1)-(2)

⁶⁷ Rt-2011-1481 avsnitt 45 jf. avsnitt 74-75

⁶⁸ Øyen(2013) s. 190

⁶⁹ Håndboken pkt. 196.

⁷⁰ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

⁷¹ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 88

⁷² Øyen(2013) s. 191

⁷³ *Ibid*

personens seksuelle orientering. Slike anførsler bør undersøkes og resultatet av slike kontroller vil kunne ha betydning for søkerens troverdighet.

Utlendingsmyndighetene bør også innhente opplysninger om den generelle situasjonen for homofile i hjemlandet.⁷⁴ Slik landinformasjonen benyttes normalt til å vurdere risikoen for forfølgelse i hjemlandet (risikovurderingen), men dersom søkerens forklaring er i overensstemmelse med myndighetenes opplysninger vil søkerens troverdighet styrkes.

5.2.2 Beviskravet

Siden bevissituasjonen er vanskelig i utlendingssaker må det stilles spørsmål om hvilke krav som skal stilles til sannsynliggjøringen av faktum.⁷⁵ En søkers seksuelle orientering vil ikke være mulig å bevise med 100 prosent sikkerhet. Spørsmålet blir derfor hvor stor grad av sannsynlighet som kreves for at søkerens anførsler skal legges til grunn?

Verken Flyktningkonvensjonen eller utlendingsloven sier noe om hvor sannsynlig søkerens anførsler må være for å legges til grunn, og det er heller ingen klar statspraksis vedrørende dette.⁷⁶

Utgangspunktet i norsk sivilprosess er alminnelig sannsynlighetsovervekt, som betyr at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn. Søkerens forklaring skal da legges til grunn dersom den fremstår den mest sannsynlige forklaringen (mer enn 50%). Dette var også beviskravet etter utlendingsloven av 1988.⁷⁷

Etter utlendingsloven av 2008 er imidlertid terskelen senket. Det fremgår av forarbeidene at søkerens forklaring skal legges til grunn så lenge anførselen fremstår «*noenlunde sannsynlig*».⁷⁸ Det kreves derfor ikke at anførselene må fremstå som de mest sannsynlige, men de kan heller ikke fremstå helt usannsynlige.

Det senkede beviskravet gjelder så lenge søkeren risikerer forfølgelse dersom søkerens anførsler legges til grunn.⁷⁹ Utlendingsmyndighetene har bevisbyrden for at det er trykt å returnere, og beviskravet må derfor tilpasses de overgrep og sannsynligheten for disse,

⁷⁴ Øyen(2013) s. 191

⁷⁵ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 85

⁷⁶ Øyen(2013) s. 192

⁷⁷ NOU 2004:20 s. 118

⁷⁸ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 414

⁷⁹ Rt-2011-1481 avsnitt 45

dersom søkerens anførsler legges til grunn.⁸⁰ Beviskravet vil derfor senkes i takt med alvorlighetsgraden av overgrepene.⁸¹

Dette stemmer godt overens med «*tvilsfordelsprinsippet*» – som er nedfelt i Håndboken pkt. 203 og 204 som innebærer at *tvilen skal komme søkeren til gode*. Dette er et viktig prinsipp i flyktningretten, særlig på grunn av den vanskelige bevissituasjonen.⁸² Men for at prinsippet skal komme til anvendelse kreves det at alt nødvendig bevismateriale er samlet inn og at søkeren har gjort et oppriktig forsøk på å underbygge sine anførsler og generelt fremstår troverdig.⁸³

Tvilsfordelingsprinsippet er av stor betydning når asylgrunnlaget er seksuell orientering, da det i mange tilfeller fortsatt kan foreligge tvil etter at faktum er fremlagt og undersøkt. Samtidig er det klart at en feilaktig avgjørelse kan medføre alvorlige konsekvenser for søkeren. Personer som søker asyl på grunn av seksuell orientering kommer ofte fra land og kulturer hvor homofili både er kriminalisert og tabubelagt, land hvor homofile risikerer alvorlige overgrep dersom deres seksuelle orientering blir kjent.

Prinsippets betydning belyses i en dom fra Borgarting Lagmannsrett fra 2013⁸⁴ hvor beviskravet ble vurdert. Spørsmålet var her om det var «*noenlunde sannsynlig*» at søkeren rømte med sin kjæreste og giftet seg uten samtykke fra familien. Selv om det var flere elementer i asylhistorien som det kunne settes spørsmålstegn ved, kom lagmannsretten til at de etter en samlet vurdering måtte legge forklaringene til grunn:

«selv om det nok er mest sannsynlig at forklaringen ikke stemmer, oppfyller den kriteriet «noenlunde sannsynlig», slik beviskravet er etter lovforarbeidene og rettspraksis. Retten finner at det i praksis er fullt mulig at forklaringen kan stemme og mener at det må være tilstrekkelig etter loven.»

Overført til asylgrunnlaget seksuell orientering innebærer tvilsfordelsprinsippet at selv om det etter at alt bevismateriale er samlet inn, ikke fremstår som mest sannsynlig at søkeren er homofil eller vil bli oppfattet som homofil i hjemlandet, skal likevel søkerens anførsler legges til grunn så lenge det søkeren generelt fremstår troverdig og det er «noenlunde sannsynlig» at forklaringen medfører riktighet.

⁸⁰ NOU 2004:20 s. 392

⁸¹ *Ibid* s. 118 jf. Rt-2011-1481 avsnitt 45

⁸² Håndboken pkt. 196 og 203-204

⁸³ Håndboken pkt. 204 jf. NOU 2004:20 s. 118 og Statusdirektivet art. 4 (5)

⁸⁴ LB-2013-142080

5.2.3 Troverdighet

For å kunne ta stilling til om søkerens forklaring er «noenlunde sannsynlig» må utlendingsmyndighetene undersøke om forklaringen fremstår troverdig.

Troverdighetsvurderingen er en del av bevisvurderingen. Dette er en prosess hvor søkerens asylforklaring og eventuelle beviser sammenholdes med all øvrig tilgjengelig informasjon utlendingsmyndighetene besitter - for så å vurdere om opplysningene kan legges til grunn i den videre vurderingen av om søkeren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse (risikovurderingen).⁸⁵

Utlendingsloven inneholder heller ingen regler for hvordan troverdighet skal vurderes. Forarbeidene, rettspraksis og Håndboken gir derimot noe veiledning. Utgangspunktet er at det er innholdet i asylsøkerens forklaring som er det avgjørende,⁸⁶ og ikke personens oppførsel, presentasjon og fremtoning. Videre er det av betydning om anførselene fremstår sammenhengende, troverdige og ikke er i strid med allment kjente fakta.⁸⁷ I Rt. 2011 s. 1481 avsnitt 46 påpekte Høyesterett at:

«...selvmotsigelser, uklarheter og utelatelser i forklaringen, som ikke kan begrunnes på tilfredsstillende måte, kan få betydning for bevisvurderingen. Forklaringer som gradvis tilpasses, eller suppleres av nye forhold som tidligere ikke har vært nevnt, vil lett bidra til å svekke den generelle troverdigheten. Dette vil særlig være tilfellet der forklaringen endres etter at det grunnlaget som først ble påberopt, viser seg å ikke føre frem.»

Tidspunktet søkeren fremmer anførselen om seksuell orientering, vil kunne være av betydning i troverdighetsvurderingen. Noen søkere fremmer dette asylgrunnlaget først sent i asylbehandlingen eller i en eventuell ankesak. Det avgjørende for troverdigheten er da om søkeren har en plausibel forklaring på hvorfor dette ikke ble fremmet tidligere og om dette samsvarer med sakens øvrige opplysninger.⁸⁸ Med plausibel mener i denne sammenheng om forklaringen fremstår mulig eller sannsynlig. Årsaken kan eksempelvis være selvfornektelse, skam, frykt for represalier, manglende kunnskap om konvensjonsgrunnene, eller at søkeren først i ettertid har erkjent sin seksuelle orientering.

⁸⁵ UNHCR(2013) s. 27. Risikovurderingen vil bli behandlet i oppgavens kapittel 10

⁸⁶ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 85

⁸⁷ Håndboken pkt. 204

⁸⁸ UNE Praksisnotat (2013) pkt. 3

Da seksuell orientering (medlemskap i en spesiell sosial gruppe) er et vilkår til flyktningstatus, er det nødvendig å undersøke om søkerens asylgrunnlag er reelt. Det må tas stilling til om søkeren virkelig er homofil, eller vil bli oppfattet som homofil i hjemlandet.⁸⁹ Dette er troverdighetsvurderingen. Søkerens troverdighet vil ofte være helt avgjørende i saker hvor asylgrunnlaget er personens seksuelle orientering, all den tid det er sjeldent søkeren kan fremlegge avgjørende dokumentasjon eller bevis som bekrefter deres seksuelle orientering.⁹⁰ Det er derfor viktig at asylintervjuet er en trygg arena, hvor asylsøkeren kan fortelle om sin asylhistorie og bakgrunn uten frykt for konsekvenser.⁹¹

Seksuell orientering handler, som tidligere nevnt, om hvem man forelsker seg i. og omhandler svært personlige og intime deler av en persons identitet. Det finnes ingen universelle egenskaper eller kvaliteter som skiller homofile fra heterofile mennesker, og det er derfor viktig at intervjuerne og beslutningstakerne ikke trekker konklusjoner basert på feilaktige, kulturelt upassende slutninger eller stereotypier⁹² – antagelser om hvordan bestemt søker er eller bør opptre.⁹³ Seksuell orientering vil være ikke synlig og ikke kontrollerbart på samme måte som for eksempel en persons etnisitet, religion og nasjonalitet.⁹⁴

Vurderingen av søkerens troverdighet må være konkret, helhetlig og individuell,⁹⁵ og den må tilpasses innholdet i anførselene og søkerens personlige forutsetninger.⁹⁶ Ingen mennesker er like, alle har ulike personligheter, erfaringer og opplevelser. Søkeren må forklare seg om dypt personlige og sensitive forhold som mange mennesker generelt vil ha vanskeligheter å snakke om og som kanskje er spesielt vanskelig å uttrykke i en situasjon som et asylintervju med fremmede saksbehandlere.⁹⁷

Søkerens anførsler om sin seksuelle orientering vil også kunne variere fra person til person avhengig av personens ulike erfaringer og opplevelser. Deres kulturelle og sosiale bakgrunnen

⁸⁹ Rt-2012-494 avsnitt 57

⁹⁰ Håndboken pkt. 196 jf. pkt. 203

⁹¹ HCR/GIP/12/09 pkt. 58

⁹² EU-domstolen har bekreftet at stereotypier ikke skal være en del av troverdighetsvurderingen. Vurderingen skal baseres på søkerens individuelle og personlige forhold. Se Joined Cases A(C-148/13), B(C-149/13) and C(C-150/13) v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (2014)

⁹³ HCR/GIP/12/09 pkt. 4

⁹⁴ NOU 2004:20 s. 111

⁹⁵ GI-07/2012 pkt. 4 nr. 1

⁹⁶ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 85

⁹⁷ G-08/2012 pkt. 2.2

vil her kunne ha betydning. Samtidig kan fordommer og synet på homofili i hjemlandet ha gjort det vanskelig for søkeren å identifisere seg som homofil.⁹⁸

Skam, selvforakt og frykt for reaksjoner fra familie, lokalsamfunn og myndigheter kan ha ført til at søkeren verken tidligere har levd ut eller avslørt sin seksuelle orientering. Det er ikke i alle land personer kan stå åpent frem med sin seksualitet uten å risikere forfølgelse. Diskresjon trenger derfor ikke innebære at søkeren ikke er homofil, men kan istedenfor være en indikasjon på at søkeren frykter forfølgelse.⁹⁹

Noen søkere kan også ha vært gift og ha barn. I en del kulturer opplever unge giftepress og/eller tvangsekteskap. Derfor er det i norsk praksis¹⁰⁰ lagt til grunn at tidligere ekteskap ikke automatisk innebærer at søkeren ikke vil bli vurdert som homofil i bevisvurderingen.

Andre søkere er derimot allerede innforstått og åpen om sin identitet, har hatt relasjoner til mennesker av samme kjønn, deltatt i et lhbt-nettverk, og kanskje allerede erfart forfølgelse på grunn av seksuell orientering.

Uavhengig av søkerens bakgrunn og historie må søkerens anførsler vedrørende sitt asylgrunnlag seksuell orientering og frykten for forfølgelse fremstå som troverdig. Søkerens tanker, refleksjoner og følelser vil være avgjørende for troverdighetsvurderingen.¹⁰¹ Det må derfor kunne forventes at søkerens anførsler inneholder en refleksjon rundt sin seksuelle orientering, sin identitet, sine tanker, følelser og dilemmaer, samt hvilke ønsker og drømmer vedkommende har for fremtiden.

Av relevans er også anførsler om hvorfor søkeren frykter forfølgelse og eventuelt bakgrunnen for at søkeren har holdt sin seksuelle orientering skjult. Slike anførsler bør fremstå plausible i forhold til søkerens situasjon og forholdene i hjemlandet.¹⁰²

Dette er viktig å være klar over at søkerens tidligere erfaringer kan variere sterkt og vil være påvirket av kultur, økonomi, familierelasjoner, religiøse og sosiale miljø.¹⁰³ Videre vil deres erfaring, bakgrunn og personlighet også ha betydning for hvordan søkeren uttrykker seg og fremstår.

⁹⁸ HCR/GIP/12/09 pkt. 63i

⁹⁹ HCR/GIP/12/09 pkt. 63vii

¹⁰⁰ UNE Praksisnotat(2013) pkt. 3

¹⁰¹ *Ibid*

¹⁰² *Ibid*

¹⁰³ HCR/GIP/12/09 pkt. 4

Til slutt må søkerens anførsler vurderes opp mot forholdene i hjemlandet.¹⁰⁴ Det er derfor viktig at forvaltningsmyndighetene har spesifikk kjennskap til forholdene i søkerens hjemland, spesielt synet på homofili og homofile handlinger, om åpne homofile generelt risikerer overgrep, og hvilke konsekvenser søkeren risikerer dersom anførslene legges til grunn.¹⁰⁵ Samsvar mellom søkerens anførsler og forvaltningens opplysninger, vil kunne styrke søkerens troverdighet.

Fremstår asylgrunnlaget som lite troverdig og søkeren ikke oppfyller beviskravet «noenlunde sannsynlig», vil søkeren ikke ha rett til flyktningstatus, jf. utl. § 28 (1) a. Søkeren vil da ikke på grunn av seksuell orientering ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Anses derimot søkerens seksuelle orientering tilstrekkelig troverdig og sannsynliggjort, vil faktum danne grunnlag for den videre vurderingen av om søkeren på grunn av seksuell orientering har en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur til hjemlandet.

6 Vilkårene for flyktningstatus

Når myndighetene har vurdert alle bevisene og det blir lagt til grunn at søkeren er homofil eller vil bli oppfattet som homofil i hjemlandet, må det vurderes om søkeren oppfyller vilkårene til flyktningstatus, jf. FK art. 1 (A) og utl. § 28 (1) bokstav a og dermed har rett til oppholdstillatelse i Norge etter utl. § 28 (2). Disse kumulative vilkårene skal sees nærmere på i det følgende.

For å ha rett til flyktningstatus må søkeren:

- befinne seg utenfor hjemlandet (i Norge)
- ha en velbegrunnet frykt
- for forfølgelse
- på grunn av en eller flere av konvensjonsgrunnene; etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe, eller på grunn av sin politiske oppfatning, og
- mangle beskyttelse i hjemlandet

¹⁰⁴ UNE Praksisnotat(2013) pkt. 3

¹⁰⁵ G-08/2012 pkt. 2.2

7 Utenfor hjemlandet (i Norge)

For at en utlending skal bli anerkjent som flyktning etter utl. § 28 (1) a jf. FK art. 1 A(2) må søkeren ha forlatt sitt hjemland. Kravet i Flyktningkonvensjonen art. 1 A(2) innebærer at søkeren må befinne seg utenfor det land han er borger av. En internasjonal grense må derfor være krysset.¹⁰⁶ Det fremgår av Håndboken pkt. 88 at det ikke er unntak fra denne regelen.

For at en utlending skal ha rett til anerkjennelse som flyktning i Norge, er det derimot ikke nok at en internasjonal grense er krysset. For å fremme en søknad om asyl i Norge er det i tillegg oppstilt et krav om at utlendingen «i riket eller på norsk grense», jf. utl. § 28(1). Videre er det kun utlendinger som kan anerkjennes som flyktninger, og alle andre enn norske statsborgere vil anses som utlendinger, jf. § 5(1). Med «riket» forstås hele landet, inkludert våre sjøområder.¹⁰⁷ Det er derfor ikke anledning til å fremme en asylsøknad fra et annet land, eksempelvis fra en norsk utenriksstasjon.¹⁰⁸ Det fremkommer i forarbeidene at dette har vært et bevisst valg fra lovgivers side, blant annet for å opprettholde en regulert og kontrollert innvandring og for å begrense antallet asylsøknader fra personer uten et reelt beskyttelsesbehov.¹⁰⁹

8 Konvensjonsgrunner

8.1 Kravet om årsakssammenheng

Flyktningkonvensjonen art. 1A (2) og utl. § 28 (1) a gir ikke rettskrav på beskyttelse mot all forfølgelse. For å anerkjennes som flyktning må årsaken til søkerens frykt for forfølgelse i hjemlandet være en (eller flere)¹¹⁰ konvensjonsgrunner; «etnisitet, avstamning, hudfarge»,¹¹¹ «nasjonalitet», «medlemskap i en spesiell sosial gruppe» eller «politisk oppfatning».

Disse konvensjonsgrunnene er ikke nærmere presisert i Flyktningkonvensjonen, men utl. § 30 inneholder nærmere definisjoner. Bestemmelsen er i hovedsak tilsvarende Statusdirektivet art. 10 og anses ikke for å være uttømmende.¹¹²

¹⁰⁶ Øyen(2013) s. 187

¹⁰⁷ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 402

¹⁰⁸ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 130

¹⁰⁹ *Ibid*

¹¹⁰ Håndboken pkt. 66

¹¹¹ Begrepet «rase» er erstattet med «etnisitet, avstamning, hudfarge» jf. Innst.74 L (2011-2012) s. 1

¹¹² Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 416

Konvensjonsgrunnen må ha årsakssammenheng med forfølgelsen,¹¹³ jf. formuleringen «*på grunn av*» i utl. § 28 (1) a. Dette innebærer at søkerens seksuelle orientering må være en medvirkende faktor til forfølgelsen, men behøver ikke å være den eneste eller dominerende årsaken.¹¹⁴

Forfølgelsen kan ha årsakssammenheng med en eller flere konvensjonsgrunner.¹¹⁵ Søkeren kan derfor både risikere forfølgelse på grunn av seksuell orientering og politisk oppfatning, eksempelvis dersom søkeren er en åpen homofil som kjemper for de homofiles rettigheter. Dette innebærer at ulike grunnlag kan overlappe hverandre, samtidig som et grunnlag ikke utelukker et annet.¹¹⁶

Samtidig er det uten betydning om søkeren har en reell eller tillagt tilknytning til en konvensjonsgrunn, begge deler vil kunne gi grunnlag for flyktningstatus, jf. utl. § 30(2). Det avgjørende er derfor hva forfølgeren tror. Det kreves ikke at søkeren eksempelvis faktisk er homofil, så lenge forfølgeren er av den oppfatning, og søkeren av den grunn risikerer forfølgelse.

Kravet til årsakssammenheng kan også oppfylles uten sammenheng mellom forfølgelsen og en konvensjonsgrunn, jf. utl. § 28(1) a. Dersom forfølgelsesgrunnen har en annen årsak enn konvensjonsgrunnen, vil kravet likevel anses oppfylt dersom eksempelvis årsaken til myndighetenes manglende beskyttelse er søkerens seksuelle orientering.¹¹⁷ Dette innebærer at både forfølgelse og manglende beskyttelse fra myndighetene hvor årsaken har sammenheng med en eller flere konvensjonsgrunner, oppfyller kravet til årsakssammenheng.

8.2 Forfølgelsesgrunnen medlemskap i en spesiell sosial gruppe

Forfølgelse på grunn av «*medlemskap i en spesiell sosial gruppe*» kan danne grunnlag for flyktningstatus, jf. utl. § 30 (1) d. Hvem som omfattes av konvensjonen fremgår verken av flyktningkonvensjon eller dens forarbeider, og konvensjonsgrunnen har medført en rekke tolkningsproblemer gjennom tidene.¹¹⁸

¹¹³ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 416

¹¹⁴ HCR/GIP/12/09 pkt. 38

¹¹⁵ Håndboken pkt. 66-67

¹¹⁶ HCR/GIP/12/09 pkt. 40

¹¹⁷ HCR/GIP/02/02 pkt. 23

¹¹⁸ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 74

Spørsmålet her blir hvilke kriterier som må være oppfylt for at en gruppe skal omfattes av konvensjonsgrunnen medlemskap i en spesiell sosial gruppe.

Det kreves ikke at medlemmene omgås som en gruppe, eller har kjennskap til hverandre.¹¹⁹ Medlemskap må i denne sammenheng derfor forstås som en form for tilhørighet.¹²⁰ En naturlig språklig forståelse av en «*sosial gruppe*» tilsier mennesker som har noe til felles. Dette kan eksempelvis være mennesker med lik bakgrunn, vaner, sosial status eller kjennetegn.¹²¹ Videre må gruppen være spesiell. Det tilsier at gruppens medlemmer skiller seg ut i samfunnet. Medlemmene av en «*spesiell sosial gruppe*» tilhører derfor ofte diskriminerte grupper i samfunnet.¹²²

Diskusjonen vedrørende definisjonen av begrepet sosial gruppe har hatt to retninger; skal gruppen defineres som mennesker med et «*iboende eller på andre måter uforanderlige kjennetegn utover faren for å bli forfulgt (protected-characteristic-testen)*», og/eller om det er tale om personer som omfattes som en gruppe av samfunnet (*social perception-testen*)».¹²³

UNHCR har valgt å definere gruppen på bakgrunn av begge teoriene, og legger opp til at det er tilstrekkelig å oppfylle vilkårene i en av teoriene for å omfattes av konvensjonsgrunnen.¹²⁴ Statusdirektivet oppstiller derimot krever som utgangspunkt at begge kriteriene må være oppfylt.¹²⁵

Utlendingsloven § 30 (1) c bygger på bestemmelsen i Statusdirektivet. Det presiseres at en spesiell sosial gruppe «*skal særlig anses å omfatte en gruppe mennesker som har et felles kjennetegn ut over faren for å bli forfulgt, og som oppfattes som en gruppe av samfunnet*».

Det faktum at det å bli forfulgt ikke kan være gruppens eneste fellestrekk, er i overenstemmelse med UNHCRs retningslinjer.¹²⁶ Det vil ikke være i samsvar med konvensjonens formål at konvensjonsgrunnen skal kunne tolkes så vidt at den ender opp som et sikkerhetsnett som fanger opp alle som av en eller annen grunn frykter for forfølgelse.¹²⁷ Det avgrenses derfor mot helt vilkårlig forfølgelse. Samtidig kan forfølgelsen i seg selv være

¹¹⁹ HCR/GIP/02/02 pkt. 15

¹²⁰ Øyen(2013) s. 238

¹²¹ Håndboken pkt. 77

¹²² Øyen(2013) s. 238

¹²³ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 74

¹²⁴ HCR/GIP/02/02 pkt. 11

¹²⁵ Statusdirektivet art. 10(1) d

¹²⁶ HCR/GIP/02/02 pkt. 2.

¹²⁷ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 76 jf. HCR/GIP/02/02 pkt. 2

en relevant faktor ved vurderingen av om gruppens medlemmer skal betegnes som en spesiell sosial gruppe.¹²⁸

I bestemmelsens bokstav c annet punktum fremgår det videre at gruppens felles kjennetegn kan være «*iboende eller av andre grunner uforanderlig, eller for øvrig utgjøres av en væremåte eller overbevisning som er så grunnleggende for identitet, samvittighet, eller utøvelse av menneskerettigheter at et menneske ikke kan forventes å oppgi dem*». Med iboende kan tilsi noe som er en del av mennesket, noe fundamentalt. Slike fellestrekk kan både være medfødt eller uforanderlige av andre grunner.¹²⁹ UNHCR påpeker at et kjennetegn er fundamentalt dersom det er så grunnleggende for søkerens identitet eller verdighet at personen ikke kan forventes å endre på det.¹³⁰

Norsk rett legger på samme måte som Statusdirektivet opp til at begge kriteriene må være oppfylt. Samtidig åpner ordlyden i utl. § 30 (1) d for at det ikke alltid kreves at begge vilkårene oppfylles, jf. «*særlig*». I visse tilfeller vil det derfor være nok at en av kriteriene er oppfylt for å utgjøre en spesiell sosial gruppe, jf. UNHCR anbefaling.¹³¹ I forarbeidene påpeker departementet at: «*det ikke alltid kan stilles krav om at begge hovedkriteriene som er angitt i definisjonen skal være oppfylt. Som ved vurderingen av denne forfølgelsesgrunnen for øvrig, må det foretas en totalvurdering. Departementet understreker på denne bakgrunn at definisjonen ikke er formulert som uttømmende.*»¹³² Forskjellen er derfor ikke like stor som det kan se ut som ved første øyekast.

I norsk rett er det i dag anerkjent at personer som risikerer forfølgelse på grunn av seksuell orientering utgjør en «*spesiell sosial gruppe*».¹³³ Det samme er lagt til grunn i flere stater og støttes av UNHCR.¹³⁴ Begrunnelsen for dette er at seksuell orientering er en grunnleggende del av menneskets identitet på samme måte som de øvrige konvensjonsgrunnene.¹³⁵ Personens seksuelle orientering er så fundamental for søkerens identitet og verdighet at ingen kan forventes å oppgi det. Homofile, lesbiske, bifile, transpersoner og intersexpersoner anses som medlemmer av en spesiell sosial gruppe. Gruppens kjennetegn er deres seksuelle orientering,

¹²⁸ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 80 jf. HCR/GIP/02/02 pkt. 14

¹²⁹ HCR/GIP/02/02 pkt. 6

¹³⁰ *Ibid* pkt. 6

¹³¹ *Ibid* pkt. 11

¹³² Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 80

¹³³ Se f.eks. Rt-2012-494 avsnitt 30. Dette ble for første gang fastslått ved Justis- og beredskapsdepartementets retningslinjer for nye asylkriterier i 1998

¹³⁴ UNHCR Guidance Note(2008) pkt. 8

¹³⁵ *Ibid*

og medlemmene vil utgjøre en spesiell sosial gruppe uavhengig om de kjenner hverandre eller har øvrige felles kjennetegn.¹³⁶

Til slutt må det bemerkes at det ikke kreves at alle gruppens medlemmer risikerer forfølgelse for å utgjøre en «spesiell sosial gruppe»,¹³⁷ men at alle søkere som på grunn av sin seksuelle orientering har en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved en eventuell retur til hjemlandet vil kunne ha rett til flyktningstatus, jf. utl. § 28 (1) a.

9 Forfølgelse

9.1 Generelt om begrepet forfølgelse

For at en utlending skal bli anerkjent som flyktning etter utl. § 28 (1) a jf. FK art. 1 A (2) må søkeren risikere forfølgelse i hjemlandet.

- Men hva innebærer egentlig med begrepet «forfølgelse»?

Forfølgelse er ikke nærmere presisert i flyktningkonvensjonen og det finnes heller ingen universell akseptert definisjon.¹³⁸ Begrepet er uklart, men noe tolkningsveiledning finnes.

I Håndboken fremkommer det at det ut fra FK art. 33 kan utledes at så lenge forfølgelsen har årsakssammenheng med en av konvensjonsgrunnene, vil alltid trusler mot liv og frihet og alvorlige brudd på grunnleggende menneskerettigheter utgjøre forfølgelse.¹³⁹

I norsk rett er begrepet nærmere definert i utl. § 29.¹⁴⁰ Bestemmelsens første ledd bokstav a og b gir en oversikt over hvilke handlinger som anses som forfølgelse. Etter bokstav a vil handlinger som alene eller samlet utgjør en «*alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter*» være forfølgelse. Det sentrale er at hendelsen anses alvorlig. Dette betyr at ikke enhver krenkelse vil utgjøre forfølgelse.¹⁴¹

Alvorlige krenkelser vil særlig omfatte krenkelser av de ufravikelige rettighetene i EMK art. 15 nr. 2. Disse ufravikelige rettighetene er retten til liv i EMK art. 2 nr. 1, forbud mot tortur

¹³⁶ HCR/GIP/02/02 pkt. 15 jf. Øyen (2013) s. 245

¹³⁷ HCR/GIP/02/02 pkt. 17

¹³⁸ Håndboken pkt. 51 jf. Øyen(2013) s. 182-183

¹³⁹ Håndboken pkt. 51

¹⁴⁰ Tilsvarende Statusdirektivet art. 9 jf. Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 415

¹⁴¹ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 84

eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff i art. 3, forbud mot slaveri i art. 4 nr. 1 og forbud mot å bli straffet etter en lov med tilbakevirkende straff i art. 7. Dette er rettigheter statene ikke kan fravike under noen omstendighet, jf. EMK art. 15 nr. 2.

Det er imidlertid viktig å være klar over at selv om loven henviser til disse rettighetene, kan også andre menneskerettskrenkelser enn de som fremgår av EMK art. 15 nr. 2 utgjøre forfølgelse, jf. «særlig». Det er bemerkt i forarbeidene at «*en menneskerettskrenkelse ikke nødvendigvis trenger å utgjøre tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter EMK art. 3 for å regnes som forfølgelse i flyktningkonvensjonens forstand*».¹⁴² Videre er definisjonen ikke uttømmende, og skal ikke føre til en innskrenkende tolkning, eller sperre for utviklingen av praksis.¹⁴³

Forfølgelse må forstås i lys av de internasjonale menneskerettighetene.¹⁴⁴ Henvisningen til menneskerettighetene medfører at begrepet over tid vil utvikle seg og endres i tråd med menneskerettighetene. Menneskerettighetene vil derfor «*...ha betydning for forståelsen av forfølgelsesbegrepet, og derved sikre et dynamisk menneskerettsperspektiv ved vurderingen*».¹⁴⁵

Etter en samlet vurdering kan også forhold som ikke hver for seg er alvorlige nok, utgjøre forfølgelse, jf. utl. § 29 (1) bokstav a og b.¹⁴⁶ Også andre overtredelser enn krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter, kan etter en kumulativ vurdering, utgjøre forfølgelse, jf. utl. § 29 (1) bokstav b. Forutsetningen er at det må dreie seg om «*flere ulike tiltak*» som til sammen anses «*så alvorlige at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen beskrevet i bokstav a*».¹⁴⁷ Det må derfor foretas en individuell konkret helhetsvurdering av alle sakens omstendigheter, hvor søkerens situasjon og personlige forutsetninger vektlegges.¹⁴⁸ Både subjektive og objektive forhold vil derfor måtte vektlegges. Dette anses å være i overensstemmelse med Håndboken.¹⁴⁹

¹⁴² Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 415

¹⁴³ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 79

¹⁴⁴ Vevstad(2010) s. 178

¹⁴⁵ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 83

¹⁴⁶ Vevstad(2010) s. 220

¹⁴⁷ Utl.§ 29(1)b

¹⁴⁸ Øyen(2013) s. 223

¹⁴⁹ Håndboken pkt. 53

9.2 Hvem er forfølgeren?

Etter utl. § 29 (3) må ikke forfølgeren nødvendigvis være staten. Forfølgeren kan også være organisasjoner, grupperinger eller andre ikke-statlige aktører, jf. bokstav a-c. Med ikke-statlige aktører, jf. bokstav c menes privatpersoner. Dette kan typisk være familie, venner eller aktører i lokalmiljøet. Bestemmelsen likestiller derfor alle slags forfølgere. Det avgjørende er ikke hvem forfølgeren er, men den forfølgelsesrisikoen søkeren møter ved retur til hjemlandet, jf. utl. § 29 (2). Dersom forfølgeren ikke er en statlig aktør, vil det avgjørende være om myndighetene er i stand til å tilby søkeren effektiv beskyttelse, jf. oppgavens kapittel 11.

9.3 Særlig om forfølgelse på grunn av seksuell orientering

Utl. § 29 (2) bokstav a-f gir eksempler på tiltak som kan utgjøre forfølgelse. Forfølgelse omfatter blant fysisk og psykisk vold, urettmessig frihetsberøvelse, diskriminerende myndighetsutøvelse og manglende rettsikkerhet under straffeforfølgelse. Oppramsingen er ikke uttømmende, da også andre tiltak kan utgjøre forfølgelse, jf. ordlyden «blant annet». Forutsetningen er at forholdet anses tilstrekkelig alvorlig, jf. første ledd bokstav a.

I det følgende vil ulike former for forfølgelse som kan ramme personer på grunn av deres reelle eller tillagte seksuelle orientering bli belyst nærmere.

9.3.1 Fysisk og psykisk vold, herunder seksualisert vold

Alvorlige former for fysisk og psykisk vold, herunder seksuell vold som rammer søkeren på grunn av seksuell orientering, vil utgjøre forfølgelse, jf. bokstav a. Dette er eksempler på former for forfølgelse som ofte blir anført av homofile asylsøkere under asylintervjuet.¹⁵⁰

I mange samfunn er homofili ansett syndig og uakseptabelt, og offentlighet rundt deres seksuelle orientering kan utløse strenge reaksjoner. Homofile kan derfor utsettes for en større forfølgelsesfare enn andre grupper i samfunnet. Reaksjonene kan være voldshandlinger, voldtekt og tvang til seksuell omgang med personer av motsatt kjønn. I ytterste konsekvens kan reaksjoner på personens seksuelle orientering medføre dødsfall eller dødsstraff.

¹⁵⁰ HCR/GIP/12/09 pkt. 20

I enkelte kulturer kan homofile risikere å bli utsatt for æresdrap fra familien, i den hensikt å gjenopprette familiens ære. Retten til liv er en absolutt rettighet, jf. utl. § 29 (1) a jf. EMK art. 3, og alle krenkelser av retten til liv vil innebære forfølgelse.

Tvangsekteskap praktiseres i en del kulturer. Tvangsekteskap innebærer at en eller begge partene tvinges til å inngå ekteskap mot sin vilje. Det rammer både kvinner og menn og anses som en alvorlig krenkelse av individets frihet.¹⁵¹ Det avgjørende for om tvangsekteskap utgjør forfølgelse er om parten/partene har mulighet til å motsette seg ekteskapet, og hvilke følger dette får.¹⁵² Dette må vurderes konkret. Videre må tvangsekteskapet ha sammenheng med en konvensjonsgrunn, i dette tilfelle søkerens seksuelle orientering. Å bli tvunget inn i ekteskap med en av det motsatte kjønn kan være et forsøk på å korrigere personens seksuelle orientering. Det vil kunne ramme homofile ekstra hardt, eksempelvis ved at de vil leve under en konstant frykt for å bli avslørt av sin ektefelle.¹⁵³ I forvaltningspraksis er det også lagt til grunn at også det å måtte inngå ekteskap mot sin vilje for å skjule sin seksuelle orientering vil kunne innebære forfølgelse. Dette vil kunne sammenlignes med tvangsekteskap, da ekteskapet medfører at søkeren må leve et liv på tvers av sin seksualitet.¹⁵⁴

Videre kan også mindre alvorlige krenkelser utgjøre forfølgelse, men ikke nødvendigvis. Det må avgjøres konkret, jf. § 29 (1) b. Relevante momenter i helhetsvurderingen vil være voldens alvor og omfang, sammenholdt med søkerens individuelle omstendigheter. Personens subjektive frykt, sårbarhet og alder vil da være en del av vurderingen.¹⁵⁵

9.3.2 Diskriminering og trakassering

Mange homofile utsettes for diskriminering og trakassering på grunn av sin seksuelle orientering. Eksempelvis vil personer kunne oppleve mobbing, sosialt press og utstøtelse. Videre kan homofile ha vanskeligheter med å finne arbeid eller bolig på grunn av sin seksuelle orientering.¹⁵⁶ Spørsmålet blir om dette utgjør forfølgelse.

Utgangspunktet er at diskriminering og trakassering ikke utgjør forfølgelse.¹⁵⁷ Under noen omstendigheter kan likevel konsekvensene bli så alvorlige at det oppfyller vilkåret forfølgelse. I Rt. 2012 s. 494 fastslo Høyesterett at man «*blir ikke forfulgt selv om man som*

¹⁵¹ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 91

¹⁵² *Ibid*

¹⁵³ HCR/GIP/12/09 pkt. 23. Se også Temanotat Iran(2012)

¹⁵⁴ UNE sak N123498214 (2011)

¹⁵⁵ UNE Praksisnotat (2009) pkt. 2

¹⁵⁶ Øyen(2013) s. 226

¹⁵⁷ Håndboken pkt. 54 - Se også Rt-2012-494 avsnitt 35

åpen homofil vil oppleve sosiale sanksjoner i form av misbilligelse, diskriminering og lignende – med mindre den kumulative effekten av slike sanksjoner blir så alvorlig at terskelen for forfølgelse er overtrådt». Dette må anses i overenstemmelse med Håndboken, hvor det fremkommer at diskriminering kan utgjøre forfølgelse dersom det medfører konsekvenser av «*vesentlig skadelig karakter*».¹⁵⁸

Sosialt press og utstøtelse vil derfor som utgangspunkt ikke utgjøre forfølgelse. Heller ikke en oppsigelse som har sammenheng med søkerens seksuelle orientering vil innebære forfølgelse.¹⁵⁹ Det skal mye til - konsekvensene må være så alvorlige at det etter en kumulativ vurdering anses som forfølgelse, jf. utl. § 29 (1) b. Det vil derfor kunne utgjøre forfølgelse dersom søkeren på grunn av seksuell orientering eksempelvis mangler muligheten til å livnære seg selv, eller blir nektet tilgang til livsnødvendige helsetjenester.¹⁶⁰ Forutsetningen er at det foreligger en årsakssammenheng mellom søkerens seksuelle orientering og sanksjonene, et diskriminerende element.

9.3.3 Frihetsberøvelse

Frihetsberøvelse i form av arrestasjon, fengsling, internering og tvangsinnleggelse vil kunne utgjøre forfølgelse, jf. utl. § 29 (2) bokstav b og c.¹⁶¹

I noen samfunn blir homofili ansett som en psykisk lidelse. Homofile kan derfor risikere å bli utsatt for ulike tiltak for å helbrede eller korrigere vedkommendes seksuelle orientering.¹⁶²

Eksempler på tiltak er tvangsinnleggelse, elektrosjokkbehandling, terapi og tvangsmedisinering.¹⁶³ Seksuell orientering er ikke under noen omstendigheter en medisinsk tilstand som kan bli behandlet eller korrigert.¹⁶⁴ Slike ufrivillige behandlinger kan utgjøre tortur eller brudd på andre grunnleggende menneskerettigheter¹⁶⁵ og derfor utgjøre forfølgelse etter § 29 (1). Det er heller ikke av betydning om tiltakene utføres i beste hensikt.¹⁶⁶ Det avgjørende er at personen utsettes for slike tiltak på grunn av sin seksuelle orientering.

¹⁵⁸ Håndboken pkt. 54

¹⁵⁹ *Ibid* pkt. 54

¹⁶⁰ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 415 og Håndboken pkt. 54

¹⁶¹ Øyen(2013) s. 224

¹⁶² HCR/GIP/12/09 pkt. 21

¹⁶³ *Ibid* pkt. 21

¹⁶⁴ Yogyakarta-prinsippene pkt. 18. Norge støtter Yogyakarta-prinsippene som tar for seg menneskerettighetene og hvordan de bør gjennomføres for seksuelle minoriteter. Se Veiledning for Utenriksdepartementet og utenriksstasjonene(2010)

¹⁶⁵ HCR/GIP/12/09 pkt. 21

¹⁶⁶ I.N.S v.Pitcherskaia (1997) pkt 9

I noen land forekommer det at homofile blir arrestert, tiltalt og fengslet uten dom.¹⁶⁷ Derimot vil ikke alle former for frihetsberøvelse i form av straffeforfølgelse som anses som forfølgelse.

Utgangspunktet er at personer som har brutt landets lovgivning, skal sone sin straff. Normal rettsforfølgelse er derfor ikke omfattet av forfølgelsesbegrepet.¹⁶⁸ Dermot kan straffeforfølgelse eller fullbyrdelse innebære forfølgelse dersom den er «uforholdsmessig eller diskriminerende», jf. utl. § 29 (2) c.

Dersom en person på grunn av sin seksuelle orientering risikerer en uforholdsmessig høy straff for lovovertrедelsen vil det kunne utgjøre forfølgelse, jf. utl. § 29 (1) c. Søkeren skal ikke, på grunn av sin seksuelle orientering, straffes strengere enn andre som har begått tilsvarende lovbrudd. I slike tilfeller er det «tilleggsstraffen» som utgjør det diskriminerende elementet og eventuelt vil innebære forfølgelse. Forutsetningen er at tilleggsstraffen fremstår som en klar overreaksjon.¹⁶⁹ Relevante momenter for vurderingen vil være hvor lang tilleggsstraffen er, soningsforholdene, og om soningen kan innebære en risiko for vold, tortur og andre brudd på menneskerettighetene.¹⁷⁰ Det avgjørende er derfor om vedkommende, på grunn av sin seksuelle orientering, straffes hardere enn andre og om denne tilleggsstraffen anses alvorlig nok til å kvalifisere til forfølgelse etter § 29 (1).

I mange land i verden er homofili og homofile handlinger kriminalisert. Risikerer søkeren å bli strafferettslig forfulgt på grunn av at homofili er straffbart, vil det kunne utgjøre forfølgelse.¹⁷¹ Slike straffelover er både diskriminerende og i strid med internasjonale menneskerettigheter¹⁷² som blant annet EMK art. 8 som beskytter retten til respekt for privatliv og EMK art. 14 som oppstiller et forbud mot diskriminering. Det samme gjelder de tilsvarende bestemmelsene i SP art. 2(1) art. 17 og 26.

Det avgrenses likevel mot helt kortvarig frihetsberøvelse og arrestasjoner. Det fremgår av forarbeidene at «*mindre inngripende reaksjoner*» som å bli brakt inn til politiet for deretter å

¹⁶⁷ UNE Praksisnotat (2013) pkt. 4

¹⁶⁸ Håndboken pkt. 56

¹⁶⁹ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 416

¹⁷⁰ Øyen(2013) s. 230

¹⁷¹ Håndboken pkt. 57

¹⁷² HCR/GIP/12/09 pkt. 26. Se Bl.a. Toonen v. Australia og X, Y og Z mot Nederland

løslates, ikke normalt vil innebære forfølgelse. Frihetsberøvelsen må være av en «*viss varighet*».¹⁷³ Langvarig frihetsberøvelse anses derfor som forfølgelse.

Hva som kvalifiserer til en «*viss varighet*» gis det ikke noe nærmere svar på. Etter UNEs praksis vil lengden på frihetsberøvelsen inngå som en del av en helhetsvurdering sammen med momenter som antall arrestasjoner, tidsrommet for arrestasjonene, forholdene rundt og om det foreligger en risiko for å bli utsatt for vold under disse arrestasjonene.¹⁷⁴

Anti-homofili lovgiving vil ikke i seg selv innebære forfølgelse. Dette ble fastslått i EU-domstolens avgjørelse X, Y og Z mot Nederland i 2013.¹⁷⁵ Domstolen kom frem til at på grunn av at retten til privatliv i EMK art. 8 og forbudet mot diskriminering i EMK art. 14 er ikke ufravikelige menneskerettigheter, jf. EMK art. 15 (2), vil ikke eksistensen av slik lovgivning i seg selv innebære forfølgelse.¹⁷⁶ Derfor må myndighetene undersøke praktiseringen av slik lovgivning, og kontrollere om lovgivningen medfører en reell risiko for at homofile risikerer fengselsstraff i hjemlandet.¹⁷⁷ Blir imidlertid lovgivningen håndhevet, og søkeren på grunn av sin seksuelle orientering risikerer å bli arrestert og fengslet, vil det derimot kunne innebære forfølgelse, jf. utl. § 29 (1). Det vil da foreligge en reell fare for at søkeren vil bli forfulgt på grunn av sin seksuelle orientering. Dette vil både anses som et brudd på EMK art. 8 og vil utgjøre «uforholdsmessig eller diskriminerende straff», jf. utl. § 29 (2) c.¹⁷⁸

¹⁷³ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 415

¹⁷⁴ UNE praksisnotat (2009) pkt. 2

¹⁷⁵ Joined Cases X(C-199/12), Y(C200/12), Z(C-201/12) v. Minister voor Immigratie en Asiel(2013)

¹⁷⁶ X,Y og Z mot Nederland pkt. 54-55

¹⁷⁷ *Ibid* pkt. 58-59

¹⁷⁸ *Ibid* pkt. 56-57

10 Velbegrunnet frykt

10.1 Innledning

For å anerkjennes som flyktning må søkeren ha en «velbegrunnet frykt» for forfølgelse ved retur til hjemlandet, jf. § 28 (1) a. Dette vilkåret, vil i de fleste tilfeller utgjøre kjernen i asylvurderingen.

For å undersøke om søkeren oppfyller vilkåret må både hva som *har skjedd* og hva som *kan komme til å skje* ved retur undersøkes. Det må derfor foretas en bevisvurdering¹⁷⁹ og en risikovurdering. I dette kapittelet vil risikovurderingen bli belyst.

I risikovurderingen må utlendingsmyndighetene avgjøre om søkeren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur til hjemlandet. Oppgaven vil belyse hva vilkåret «velbegrunnet frykt» innebærer og se på hvilke krav som stilles til risikoen for at frykten skal være velbegrunnet. Dette vil bli behandlet i oppgavens punkt 10.2. I punkt 10.3 vil oppgaven ta for seg den konkrete risikovurderingen. Her vil noen relevante faktorer for beskyttelsesvurderingen belyses nærmere. Spørsmålet om risiko ved retur involverer også flere problemstillinger som ble vurdert og avklart av Høyesterett i Rt. 2012 s. 494. Høyesterett oppstilte her en trinn-for-trinn metode som skal benyttes i vurderingen av søkerens beskyttelsesbehov når asylgrunnlaget er seksuell orientering. Dette vil bli behandlet i punkt. 10.4. Kritikken av metoden vil bli behandlet i punkt 10.5. Her vil det også bli foretatt en sammenligning med de øvrige konvensjonsgrunner.

10.2 Risikovurderingen

Dersom søkerens anførsler etter bevisvurderingen fremstår som noenlunde sannsynlige og blir lagt til grunn, må det som nevnt foretas en risikovurdering. Vurderingen tar utgangspunkt i det faktum som fremkommer i bevisvurderingen og er om søkeren på grunn av sin seksuelle orientering vil ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Formålet med vurderingen er ikke å ta stilling til hva som faktisk kommer til å skje dersom søkeren returnerer til hjemlandet. Det vil ikke være mulig å forutsi. Utlendingsmyndighetene må istedenfor vurdere sannsynligheten for om søkeren vil risikere forfølgelse ved retur til hjemlandet, og om risikoen anses tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret velbegrunnet frykt.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Se oppgavens kapittel 5

¹⁸⁰ Øyen(2013) s. 200

Risikovurderingen er fremtidsrettet.¹⁸¹ Dette følger både av bestemmelsens ordlyd og formål som er å beskytte mennesker som ikke kan oppnå det i hjemlandet. Dersom det ikke foreligger en fremtidig forfølgelsesfare, vil søkeren ikke ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse og heller ikke ha behov for internasjonal beskyttelse etter utl. § 28 (1) a.

Videre er det situasjonen på vedtakstidspunktet som skal legges til grunn i risikovurderingen.¹⁸² Dette betyr at dersom forholdene i hjemlandet har endret seg for søkeren etter utreise, vil ikke vedkommende nødvendigvis anses å ha et beskyttelsesbehov på vedtakstidspunktet, selv om frykten var velbegrunnet på et tidligere tidspunkt.¹⁸³

For at søkeren skal ha rett til flyktningstatus må personen ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur til hjemlandet, jf. utl. § 28 (1) a. Men hva innebærer egentlig begrepet «velbegrunnet frykt»?

Vilkåret er todelt. Søkeren må frykte forfølgelse, og denne frykten må være velbegrunnet. Det er derfor ikke tilstrekkelig at søkeren frykter forfølgelse, frykten kan ikke være grunnløs. Det må noe mer til. Begrepet inneholder derfor både et subjektivt og objektivt element.¹⁸⁴

Det subjektive elementet «frykt» refererer til søkerens egen opplevelse av situasjonen. Frykt er her en subjektiv sinnstilstand¹⁸⁵ som handler om den enkelte søkers redsel for forfølgelse i fremtiden. Søkerens egenopplevde frykt er derimot ikke tilstrekkelig. I tillegg må frykten være velbegrunnet. Dette objektive elementet innebærer at frykten må være berettiget eller rimelig.¹⁸⁶ For å avgjøre om frykten anses velbegrunnet må søkerens anførsler vurderes på bakgrunn av utlendingsmyndighetenes kunnskap om forholdene i søkerens hjemland, sammenholdt med søkerens individuelle omstendigheter.¹⁸⁷

¹⁸¹ Se f.eks. Rt-2012-494 avsnitt 34

¹⁸² Rt-2012-139 avsnitt 36-55

¹⁸³ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 86

¹⁸⁴ Håndboken pkt. 38

¹⁸⁵ Håndboken pkt. 38

¹⁸⁶ *Ibid* pkt. 41

¹⁸⁷ *Ibid* pkt. 42

- Kan søkerens subjektive frykt tillegges vekt?

Håndboken anbefaler at både det objektive og subjektive elementet «*tas i betraktning*».¹⁸⁸ Etter norsk rett er derimot det objektive elementet avgjørende for vurderingen.¹⁸⁹ Samtidig åpnes det i forarbeidene opp for at også det subjektive elementet kan vektlegges i de tilfeller søkeren er i en spesielt sårbar situasjon:

*«...det er en objektiv vurdering av risikoen som er avgjørende. Verken Flyktningkonvensjonen eller loven kan imidlertid tolkes slik at det er noe hinder mot å legge vekt på en forsterket subjektiv frykt dersom søkeren er i en spesielt sårbar individuell situasjon.»*¹⁹⁰

Det avgjørende er derfor at frykten er velbegrunnet, men hvor høy må risikoen være for å anses velbegrunnet?

Det kan foreligge en velbegrunnet frykt for forfølgelse selv om risikoen er betydelig lavere enn sannsynlighetsovervekt, men en fjern eller hypotetisk forfølgelsesfare vil ikke være tilstrekkelig.¹⁹¹ I forarbeidene påpekte lovutvalget at søkeren kan ha en velbegrunnet frykt dersom risikoen for alvorlige overgrep ved retur er 10 prosent.¹⁹² Det er derfor i forarbeidene¹⁹³ og senere av Høyesterett¹⁹⁴ lagt til grunn at det avgjørende for at frykten anses velbegrunnet er at risikoen er reell.

10.3 Den konkrete risikovurderingen

For å avgjøre om søkeren på grunn av seksuell orientering har en velbegrunnet frykt for forfølgelse må det foretas en helhetsvurdering av søkerens individuelle situasjon sammenholdt med den generelle situasjonen for homofile i hjemlandet. Alle sakens opplysninger må vurderes for å finne ut om søkeren på grunn av sin seksuelle orientering har en reell forfølgelsesfare ved retur til hjemlandet.¹⁹⁵

¹⁸⁸ Håndboken pkt. 38

¹⁸⁹ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 88

¹⁹⁰ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 88

¹⁹¹ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 86 og 414. Kravet til sannsynlighetsovervekt ble for første gang avvist av Amerikask høyesterett i 1987- og senere fulgt opp i en rekke andre land. Se Øyen (2013) s. 201 jf. I.N.S v. Cardoza-Fonseca (1987)

¹⁹² NOU 2004:20 s. 119

¹⁹³ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 414

¹⁹⁴ Rt-2011-1481 avsnitt 42

¹⁹⁵ *Ibid*

For det første må den generelle sikkerhetssituasjonen vurderes. Hjemlandet eller deler av hjemlandet kan eksempelvis være preget av krigshandlinger og stor uro, som tilsier at søkeren vil risikere forfølgelse ved retur til hjemlandet. Dersom uroen kun gjelder i deler av hjemlandet må det undersøkes om søkeren kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet.¹⁹⁶

I tillegg må den generelle situasjonen for homofile i hjemlandet undersøkes. Synet på og holdningene til homofile i hjemlandet vil være av betydning for hvordan homofile behandles av både myndigheter og lokalbefolkningen.

I vurderingen av om homofile generelt risikerer forfølgelse i hjemlandet vil det være særlig relevant å undersøke om landets lovgivning innebærer at homofili er straffbart. Slik lovgivning og praktiseringen av denne vil ha stor betydning for risikovurderingen. Derimot vil ikke eksistensen av slik lovgivning i seg selv tilsi at søkeren har et beskyttelsesbehov.¹⁹⁷ I UNEs praksisnotat fra 2013¹⁹⁸ fremkommer det at selv om land som Sri Lanka, Syria, Libanon og Bangladesh har slik lovgivning, praktiseres ikke lovgivningen. Dette medfører at homofile generelt ikke risikerer å bli straffeforfulgt på grunn av seksuell orientering. I andre land kan derimot slik anti-homofili lovgivning medføre at homofile har en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

Det må likevel bemerkes at uavhengig av praktiseringen av lovgivningen, vil eksistensen av slik lovgivning i seg selv kunne øke forfølgelsesfaren.¹⁹⁹ Eksistensen kan bidra til legalisering av overgrep fra andre ikke-statlige aktører, som familie og lokalsamfunn. Videre vil lovgivningen kunne medføre at søkeren, på grunn av sin seksuelle orientering, ikke tørr å oppsøke myndighetene for beskyttelse, eller velger å opptre diskret i frykt for forfølgelse. Dette må vurderes konkret.

Forfølgelsesfaren for homofile kan være ulik i ulike deler av hjemlandet, noe som kan medføre at homofile kan leve trykt i deler av hjemlandet, men risikere forfølgelse andre steder. Relevant informasjon for utlendingsmyndighetene vil her være om det er områder av hjemlandet hvor det finnes homofile miljøer, samlingsteder eller organisasjoner som arbeider

¹⁹⁶ Se oppgavens kapittel 11

¹⁹⁷ Se oppgavens kapittel 9

¹⁹⁸ UNE Praksisnotat (2013) pkt. 4

¹⁹⁹ I februar 2014 vedtok nasjonalforsamlingen i Uganda en lov som innebar at homofile risikerte livsvarig fengsel. Lovendring førte til en økning i antall voldelige angrep, vilkårlige arrestasjoner, utpressing av homofile. Se SMUG(2014). Den endrede situasjonen i Uganda er vektlagt i eksempelvis UNE N156761423

for de homofiles rettigheter. Slike miljøer og samlingsteder vil kunne eksistere i større byer, og kan være en indikasjon for at åpne homofile ikke nødvendigvis risikerer forfølgelse i alle deler av hjemlandet.

For å undersøke de generelle forholdene for homofile i søkerens hjemland må utlendingsmyndighetene innhente opplysninger. En viktig kilde til informasjon er Landinfo - utlendingsforvaltningens fagenhet for landsinformasjon, som administrativt underlagt UDI, men er faglig uavhengig.²⁰⁰ Deres oppgave er å formidle relevant landkunnskap, blant annet ved å innhente og analysere informasjon om samfunnsforholdene og menneskerettssituasjonen i det aktuelle landet og utforme rapporter og temanotater.²⁰¹ Det er eksempelvis utformet konkrete temanotater om den konkrete situasjonen for homofile i et en del land, informasjonen som fremkommer i slike temanotater vil være relevante for vurderingen. Videre vil utlendingsmyndighetene kunne innhente opplysninger om forholdene i hjemlandet fra menneskerettsorganisasjoner som Amnesty International, FN-organer som UNHCR og humanitære organisasjoner.²⁰²

Det er fast praksis at søkeren på grunn av individuelle omstendigheter kan risikere forfølgelse selv om forholdene i hjemlandet tilsier at homofile på generelt grunnlag ikke risikerer forfølgelse.²⁰³ Til slutt vil derfor de generelle forholdene i hjemlandet sammenholdes med søkerens individuelle omstendigheter. Det må da vurderes om søkeren konkrete situasjon og bakgrunn tilsier at det foreligger en reell risiko for forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Søkeren kan eksempelvis risikere alvorlige reaksjoner ved at personens seksuelle orientering allerede er offentliggjort. I visse kulturer kan sosial stigmatisering av en person reflektere tilbake på hele familien,²⁰⁴ og søkeren kan i ytterste konsekvens utsettes for æresdrap for at familiens ære skal gjenopprettes. Dersom søkerens anførsler omhandler frykt for æresdrap, må utlendingsmyndighetene undersøke realiteten i anførselen. Det kan da være aktuelt å undersøke hvor utbredt praksisen er i kulturen søkeren kommer fra,²⁰⁵ samt om familien og lokalsamfunnet faktisk har oppdaget søkerens seksuelle orientering. Ved slike undersøkelser er det imidlertid viktig at utlendingsmyndighetene opptrer forsiktig, slik at undersøkelserne ikke øker forfølgelsesfaren. Er forfølgeren en ikke-statlig aktør vil det avgjørende være

²⁰⁰ Om landinfo

²⁰¹ Temanotat Iran(2012)

²⁰² Øyen(2013) s. 216-217

²⁰³ UNE Praksisnotat (2013) pkt. 4

²⁰⁴ Temanotat Afganistan:Homofili(2012)

²⁰⁵ UNE Praksisnotat (2013) pkt. 4

myndighetenes evne og vilje til å tilby homofile effektiv beskyttelse.²⁰⁶ Av betydning vil også myndighetenes holdning til homofile og myndighetenes praksis til æresdrap være.²⁰⁷

Har søkeren tidligere erfart forfølgelse, vil dette vektlegges i vurderingen av søkerens fremtidige risiko for forfølgelse. Det samme vil forfølgelsen av søkerens eventuelle kjæreste kunne ha. Tidligere erfart forfølgelse vil verken være et en nødvendighet eller tilstrekkelig til å oppnå beskyttelse, men det vil kunne være en indikasjon på at søkeren risikerer forfølgelse i fremtiden.²⁰⁸ Det vil da være av betydning om dette var et engangstilfelle, eller om det var snakk om systematisk forfølgelse.²⁰⁹ Har søkeren tidligere opplevd systematisk forfølgelse over tid, vil det være et argument som kan tale for at forfølgelsen vil gjenta seg ved retur til hjemlandet.

Søkerens adferd i Norge kan også ha betydning for risikovurderingen. Det er ikke alle mennesker som har et beskyttelsesbehov ved avreise fra hjemlandet. I noen tilfeller kan beskyttelsesbehovet først oppstå etter at søkeren har kommet til Norge. Personen blir da flyktning «sur place» eller «på stedet» i Norge.²¹⁰ Både objektiv og subjektiv «sur place» kan gi rett til flyktningstatus.

Objektiv sur place innebærer at mens personen er i Norge, oppstår det endringer i hjemlandet, for eksempel et regimeskifte, som medfører at søkeren ved en retur til hjemlandet vil risikere forfølgelse. Det kan for eksempel ha blitt vedtatt en lov om straffeforfølgelse av homofile i hjemlandet. Søkeren kan da ha rett til flyktningstatus, selv om det ikke forelå en risiko for forfølgelse før avreise fra hjemlandet.

Subjektiv sur place innebærer at søkerens egne handlinger i Norge fører til at vedkommende ved retur vil risikere fremtidig forfølgelse. Søkerens adferd eller åpenhet omkring sin seksuelle orientering i Norge kan medføre at søkeren oppnår et beskyttelsesbehov. Eksempelvis kan søkerens ha deltatt i en kraftig demonstrasjon²¹¹ mot regimet eller deltatt i, og blitt fotografert i en markering for homofiles rettigheter. I dagens samfunn vil også aktivitet på sosiale medier kunne medføre at søkerens seksuelle orientering blir oppdaget i hjemlandet.

²⁰⁶ Se oppgavens kapittel 11

²⁰⁷ UNE Praksisnotat (2013) pkt. 4

²⁰⁸ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 88

²⁰⁹ Øyen(2013) s. 215

²¹⁰ Utl. § 28(4) jf. Håndboken art. 94

²¹¹ Øyen(2013) s. 278

Til slutt vil søkerens forventede adferd ved retur og årsaken til dette være av betydning for risikovurderingen. Søkerens fremtidige adferd ved retur til hjemlandet vil være særlig relevant dersom den generelle informasjonen tilsier at åpne homofile i hjemlandet risikerer forfølgelse. Dersom søkeren ikke tidligere har avslørt sin seksuelle orientering, vil det i mange land være mulig for søkeren å unngå forfølgelsesfare ved å skjule sin seksuelle orientering. Et spørsmål som da oppstår er om det kan forventes at søkeren opptrer diskret for å unngå forfølgelse.

I Rt. 2012 s. 494 vurderte Høyesterett denne problemstillingen. I tillegg vurderte domstolen betydningen av søkerens fremtidige adferd, samt hvilken relevans årsaken til søkerens fremtidige adferd har for vurderingen av søkerens beskyttelsesbehov.

10.4 Rettstilstanden etter Rt. 2012 s. 494

10.4.1 Innledning

I Rt. 2012 s. 494 oppstilte Høyesterett en trinn-for-trinn metode som skal anvendes i vurderingen av om homofile har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering. Denne trinn-for-trinn metoden er i det vesentlige tilsvarende den metoden britiske Supreme Court i 2010 oppstilte i avgjørelsen HJ(Iran).²¹²

I følge metoden Høyesterett gir anvisning på, skal vurderingen foregå i en bestemt rekkefølge:²¹³

1. For det første må det vurderes om søkeren er homofil eller vil bli oppfattet som homofil av potensielle forfølgere i hjemlandet. Dette er bevisvurderingen.²¹⁴
2. Dersom asylsøkeren etter bevisvurderingen fremstår troverdig og søkerens seksuelle orientering blir tilstrekkelig sannsynliggjort, skal det foretas en vurdering av om homofile som er åpne om sin seksuelle orientering i hjemlandet risikerer forfølgelse. Dette er risikovurderingen.
3. Blir det lagt til grunn at åpne homofile risikerer forfølgelse i hjemlandet, må det vurderes hvordan den enkelte søker vil opptre; vil søkeren være åpen om sin seksuelle orientering, eller skjule sin seksuelle orientering ved en eventuell retur til hjemlandet.

²¹² HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State of the Home Department, (2010)

²¹³ Rt-2012-494 avsnitt 57

²¹⁴ Se bevisvurderingen i oppgavens kapittel 5

4. Dersom søkeren ved retur til hjemlandet vil opptre diskret og således unngå forfølgelse, må årsaken til dette undersøkes nærmere. Høyesterett oppstilte her et *årsakskrav*, som innebærer at årsaken til søkerens valg om å skjule sin seksuelle orientering vil være av betydning for søkerens beskyttelsesbehov.

I tillegg vurderte Høyesterett om søkeren ved retur kan pålegges et krav om å opptre diskret for å unngå forfølgelse. Dette, sammen med Høyesteretts trinn-for-trinn metode vil bli behandlet i det følgende.

10.4.2 Plikter søkeren å opptre diskret for å unngå forfølgelse?

I mange land risikerer åpne homofile forfølgelse fra myndigheter, familie eller lokalbefolkning. Samtidig vil mange homofile kunne unngå forfølgelse ved å skjule sin seksuelle orientering. Spørsmålet er derfor om norske myndigheter kan kreve at søkere ved retur til hjemlandet, for å unngå forfølgelse, tilpasser seg de religiøse og kulturelle normene i hjemlandet, og dermed skjule sin seksuelle orientering.

Tidligere ble det i Norge og i flere andre land lagt til grunn en forventning om at homofile asylsøkere ville tilpasse seg de sosiokulturelle normene i hjemlandet, og på den måten minske eller eliminere forfølgelsesfaren. Dette gjaldt så lenge det ikke forelå konkrete holdepunkter for noe annet og innskrenkingene ikke ble for alvorlige.²¹⁵ Praksisen tilsa at så lenge søkeren kunne leve ut sin seksuelle orientering i det private rom, og således skjule sin seksuelle orientering ville ikke søkeren ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

I 2012 vurderte Høyesterett først hvilken betydning det skulle ha for beskyttelsesbehovet at homofile vil kunne unngå forfølgelse ved å opptre diskret.²¹⁶ Etter å ha tolket flyktningkonvensjonens ordlyd og formål og sett hen til statspraksis og UNHCRs retningslinjer, slo Høyesterett uttrykkelig fast at det ikke kan forventes at søkeren skjuler sin seksuelle orientering for å unngå forfølgelse.²¹⁷

Høyesterett uttalte at en slik praksis ville være i strid med Flyktningkonvensjonen og kan innebære at konvensjonen vil miste sin betydning.²¹⁸ Flyktningkonvensjonens formål er å gi beskyttelse til personer som har et beskyttelsesbehov – personer som risikerer forfølgelse på

²¹⁵ Rt-2012-494 avsnitt 52

²¹⁶ Rt-2012-494 avsnitt 32-37

²¹⁷ *Ibid* avsnitt 37

²¹⁸ *Ibid*

grunn av forhold ved deres person som er så grunnleggende for søkerens identitet at det ikke kan forventes å ville oppgi dem.²¹⁹

Domstolen fulgte her den internasjonale utviklingen, som allerede hadde påvirket utlendingsmyndighetenes praksis.²²⁰ Den britiske høyesterettsdommen HJ(Iran) fra 2010 hadde stor betydning, men kravet om diskresjon ble allerede i 2003 avvist av australsk Høyesterett.²²¹

Videre har UNHCR i sine retningslinjer lenge fremhevet at ingen kan nektes rett til beskyttelse på grunn av diskresjon,²²² og i 2013 kom også EU-domstolen til den samme konklusjon.²²³ EU-domstolen uttalte at det ikke kan forventes at en asylsøker skjuler sin seksuelle orientering for å unngå forfølgelse da en slik praksis er uforenelig med anerkjennelsen av en karakteristikk som er så grunnleggende for deres identitet at det ikke kan forventes å gi avkall på.²²⁴ Domstolen la til grunn at det kun er handlinger som er kriminalisert i medlemsstatenes (her Norges) lovgivning som vil være utelukket.²²⁵

10.4.3 Hvordan vil søkeren opptre ved retur?

I de tilfellene det etter risikovurderingen fremkommer at åpne homofile i hjemlandet risikerer forfølgelse på grunn av sin seksuelle orientering, skal det derfor ikke lenger forutsettes at søkeren kan skjule sin seksuelle orientering ved retur til hjemlandet.²²⁶

Utlendingsmyndighetene må istedenfor foreta en konkret og individuell vurderingen av hvordan den enkelte søker vil opptre ved retur.²²⁷ Vurderingen må baseres på søkerens egne opplysninger, den generelle situasjonen i hjemlandet, samt opplysninger om søkerens opptreden både før avreise fra hjemlandet og etter ankomst til Norge.²²⁸

Dersom det blir lagt til grunn at søkeren vil være åpen om sin seksuelle orientering ved retur til hjemlandet, og av den grunn risikere forfølgelse, skal det legges til grunn at søkeren har en

²¹⁹ Rt-2012-494 avsnitt 36

²²⁰ *Ibid* avsnitt 52-53. Se f.eks. UNE N128226214

²²¹ Appellant S395/ 2002 v. Mima (2003)

²²² HCR/GIP/12/01 pkt. 31

²²³ X, Y og Z mot Nederland

²²⁴ *Ibid* avsnitt 70-71

²²⁵ *Ibid* avsnitt 65

²²⁶ Rt-2012-494 avsnitt 37

²²⁷ *Ibid* avsnitt 57

²²⁸ GI-07/2012 avsnitt 4 pkt. 3

velbegrunnet frykt for forfølgelse, jf. utl. § 28 (1) a.²²⁹ Søkeren vil da uavhengig av muligheten for diskresjon ha rett til oppholdstillatelse i Norge etter utl. § 28 (2).

Fremstår det derimot som sannsynlig at søkeren vil skjule sin seksuelle orientering ved retur til hjemlandet, og dermed unngå forfølgelse, utleder Høyesterett av flyktningkonvensjonens ordlyd og formål, samt det faktum at ingen kan pålegges diskresjon, det som nærliggende å undersøke årsaken til at søkeren vil skjule sin seksuelle orientering.²³⁰ Årsaken hemmeligholdet vil derfor være av betydning for søkerens beskyttelsesbehov.

10.4.4 Årsaken til at søkeren skjuler sin seksuelle orientering

Det må bemerkes at vurderingen av årsaken til søkerens hemmelighold, kun vil være aktuell i de tilfeller det ikke allerede er sannsynliggjort at det foreligger forfølgelsesfare. Dersom søkerens seksuelle orientering allerede er kjent i hjemlandet, og søkeren av den grunn risikerer forfølgelse, vil det ikke være nødvendig å foreta vurderingen. Søkeren vil da ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur til hjemlandet jf. utl. § 28 (1) a.

Det er derfor kun i de tilfeller søkeren ved å skjule sin seksuelle orientering ved retur, vil kunne unngå forfølgelse, årsaken til hemmeligholdet vil være relevant for beskyttelsesvurderingen.

- Dersom årsaken til hemmeligholdet er frykt for forfølgelse

Dersom årsaken til at søkeren vil skjule sin seksuelle orientering er frykten for forfølgelse, vil søkeren ha krav på beskyttelse etter Flyktningkonvensjonen.²³¹ Dette innebærer at personer som skjuler sin seksuelle orientering på grunn av frykt for forfølgelse, oppfyller vilkåret velbegrunnet frykt, og vil ha et rettskrav på beskyttelse etter Flyktningkonvensjonen, forutsatt at også de øvrige vilkårene i utlendingsloven er oppfylt.

- Dersom årsaken er en annen enn frykt for forfølgelse

Er derimot årsaken til at søkerens hemmelighold, at søkeren selv ønsker det, for eksempel av hensyn til egen religion eller andre personlige grunner, vil søkeren ikke ha et

²²⁹ Forutsatt at de øvrige kumulative vilkårene er oppfylt jf. utl. § 28 (1) a

²³⁰ Rt-2012-494 avsnitt 38-39

²³¹ Rt-2012-494 avsnitt 39 og 57

beskyttelsesbehov. Det samme gjelder som utgangspunkt dersom årsaken til diskresjonen er at søkeren vil unngå sosialt press eller fordømmelse fra familie, venner eller lokalsamfunn.²³²

Bakgrunnen for dette er at det skal en del til for at noe utgjør forfølgelse i Flyktningkonvensjonens forstand. Konvensjonens formål er ikke å hindre at homofile blir utsatt for sosialt press, men å gi beskyttelse til søkere som virkelig trenger det, mennesker som blir risikerer alvorlige overgrep på grunn av forhold som er så grunnleggende for søkeren at det ikke kan forventes å oppgi dem.²³³ Er derimot sanksjonene søkeren risikerer og frykter av en slik art at de oppfyller kravet til forfølgelse i Flyktningkonvensjonens forstand,²³⁴ vil søkeren allikevel kunne ha et beskyttelsesbehov.

- Dersom årsaken til hemmeligholdet er sammensatt

Ofte vil det være flere grunner til at søkeren ønsker å skjule sin seksuelle orientering. Årsaken kan eksempelvis være en kombinasjon av at søkeren frykter å bli utstøtt av familien, et ønske om å ikke bringe skam over egen familie, samtidig som søkeren frykter forfølgelse dersom søkerens seksuelle orientering blir kjent i hjemlandet. Spørsmålet blir derfor om hvilken betydning det har for beskyttelsesvurderingen at årsaken til hemmeligholdet er sammensatt, og ikke alene er frykten for forfølgelse.

I Rt. 2012 s. 494 vurderte Høyesterett denne problemstillingen. Høyesterett tok utgangspunkt i Flyktningkonvensjonens ordlyd, jf. Wienkonvensjonen om traktatretten art. 31(1), uten å finne en klar løsning for hvordan tilfellene der årsaken til hemmeligholdet er sammensatt skal bedømmes.²³⁵ Høyesterett så derfor til statspraksis, jf. Wienkonvensjonen art. 31 (3) bokstav b og la til grunn metoden som var oppstilt i HJ(Iran). Selv om metoden ikke var å anse som festet praksis, la Høyesterett vekt på at utviklingen var på vei i den retningen.²³⁶

Høyesterett kom derfor frem til at det samlede rettskildebildet talte for «å nærme seg spørsmålet i det vesentlige på samme måte som det gis anvisning på i den britiske høyesterettsdommen».²³⁷ Retten viste deretter til det de tidligere hadde utledet av Flyktningkonvensjonens ordlyd og formål og synes her å legge til grunn at denne metoden

²³² Rt-2012-494 avsnitt 57

²³³ *Ibid* avsnitt 36

²³⁴ Rt-2012-494 avsnitt. 39 og 57

²³⁵ Rt-2012-494 avsnitt. 39

²³⁶ *Ibid* avsnitt 51 jf. HJ(Iran) avsnitt 82

²³⁷ Rt-2012-494 avsnitt 56

som vurderer årsaken til hemmeligholdet, var best i samsvar med Flyktningkonvensjons ordlyd og formål.

Videre var det av betydning for Høyesterett at finsk og svensk praksis langt på vei hadde tilsvarende tilnærming, samt at UDI allerede hadde foreslått praksisendring på bakgrunn av HJ(Iran), en metode som allerede synes fulgt av UNE.²³⁸

I HJ(Iran) ble det lagt til grunn at det anses tilstrekkelig at årsaken til hemmeligholdet er frykten for forfølgelse er «a material reason» – en vesentlig årsak.²³⁹

Høyesterett la derfor til grunn en tilsvarende tilnærming som i HJ(Iran) fra 2010. Metoden medfører at dersom det er flere grunner til hemmeligholdet, skal vilkåret velbegrunnet frykt anes oppfylt så lenge søkeren har en reell grunn til å frykte forfølgelse og frykten er sentral for søkerens valg:

*«Der begrunnelsen for hemmeligholdet er sammensatt, må ikke årsakskravet forstås så strengt at det i realiteten utelukker søkere som har reell grunn til å frykte forfølgelse, når denne frykten er sentral for vedkommendes valg».*²⁴⁰

Det er derfor ikke nødvendig at årsaken til hemmeligholdet er frykten alene. I saker hvor asylgrunnlaget er søkerens seksuelle orientering skal det legges til grunn at søkeren har en velbegrunnet frykt også i de tilfeller årsaken til hemmeligholdet er en kombinasjon av flere faktorer, så lenge frykten for forfølgelse er en sentral årsak (a material reason).

- Men hva menes egentlig med en sentral årsak?

Dette må sies å være et uklart vurderingstema. Høyesterett problematiserer ikke videre hva som ligger i uttrykket «sentral», annet enn å presisere at årsakskravet ikke må tolkes for strengt, da dette kan medføre at personer med et reelt beskyttelsesbehov ikke oppfyller vilkåret velbegrunnet frykt.

Etter en naturlig språklig forståelse tilsier begrepet «*sentral*» at frykten for forfølgelse må være en viktig årsak til personens hemmelighold. Dette følger også av Justis- og beredskapsdepartementet instruks til UDI.²⁴¹ Departementet uttaler her at frykten ikke trenger

²³⁸ Rt-2012-494 avsnitt 48-53. Se bl.a. UNE N128226214 og N11431227

²³⁹ HJ(Iran) avsnitt 82, lest i sammenheng med avsnitt 62

²⁴⁰ Rt-2012-494 avsnitt 58

²⁴¹ GI-07/2012 avsnitt 4 pkt. 5

å være den «eneste eller mest dominerende årsaken til at søkeren velger hemmelighold. Det er tilstrekkelig at frykten er en viktig årsak for søkerens valg».²⁴²

Vurderingstemaet må etter dette anses vidtrekkende. Vil ikke frykten for forfølgelse ofte være en sentral årsak dersom den generelle situasjonen i hjemlandet tilsier at åpne homofile risikerer forfølgelse?

Selv om frykten for forfølgelse må være en viktig årsak til søkerens valg, tilsier departementets uttalelser at det ikke kan kreves at frykten må være den viktigste årsaken til hemmeligholdet. Dette må også anses å være i tråd med Høyesteretts uttalelser all den tid de bemerket av årsakskravet ikke må forstås for strengt. Hvor grensen går, er vanskelig å si, men forutsatt at frykten er sentral, trenger ikke frykten nødvendigvis være den dominerende eller viktigste årsaken til vedkommendes valg.

Uansett må vurderingen foretas på bakgrunn av søkerens forklaring og utlendingsmyndighetenes opplysninger om den generelle situasjonen i hjemlandet.

På grunn av den vanskelige bevissituasjonen og det spesielle beviskravet i utlendingsretten, kan en gå ut fra at frykten for forfølgelse ofte vil kunne være en sentral årsak til hemmeligholdet, i de saker hvor både den generelle situasjonen i hjemlandet tilsier at homofile risikerer overgrep, og søkeren har anført at frykten for forfølgelse er en (av flere) årsak(er) til at hemmeligholdet.

Når Høyesterett i Rt. 2012 s. 494 har valgt å likestille personer som faktisk risikerer forfølgelse på grunn av sin seksuelle orientering med søkere som ønsker å begrense forfølgelsesfaren av frykt for forfølgelse, og derfor velger å opptre diskret, er dette blant annet begrunnet i Flyktningkonvensjonens ordlyd lest i sammenheng med formålet. Flyktningkonvensjonens formål, er som tidligere sagt, å beskytte mennesker som har et beskyttelsesbehov, mot forfølgelse på grunn forhold ved deres person som er så grunnleggende for deres identitet, at det ikke kan forventes å oppgi.²⁴³

Metoden som Høyesterett har lagt til grunn i Rt. 2012 s. 494, kan medføre at terskelen for å anerkjenne søkeren flyktningstatus etter utl. § 28 (1) a er senket. Dette kan begrunnes i at søkeren ikke lenger forventes å tilpasse seg de sosiokulturelle normene i hjemlandet, samt det forhold at søkeren ikke nødvendigvis trenger å ha en reell frykt for forfølgelse ved retur til hjemlandet.

²⁴² GI-07/2012 avsnitt 4 pkt. 5

²⁴³ Rt-2012-494 avsnitt 36

10.5 Kritikk av Høyesteretts metode

10.5.1 Problematisk metode

Anvendelse av Høyesteretts trinn-for-trinn metode kan føre til at søkeren oppfyller vilkåret velbegrunnet frykt for forfølgelse uten at det faktisk foreligger en reell risiko for at vedkommende vil utsettes for alvorlige overgrep ved retur til hjemlandet. Av den grunn er metoden, som først ble anvendt av britisk Høyesterett i HJ(Iran) 2010 og senere av Høyesterett i Rt. 2012 s. 494, blitt kritisert.

Professor James C. Hathaway og Jason Pobjoy uttaler i en artikkel fra 2011²⁴⁴ at selv om resultatet domstolen kom til i HJ(Iran) isolert sett kan være korrekt,²⁴⁵ anses domstolens tilnærming som problematisk.²⁴⁶

Deres argumentasjon går ut på at etter alminnelig flyktningrett skal bare personer som har en fremtidsrettet risiko for forfølgelse ved retur til hjemlandet, anerkjennes som flyktninger.²⁴⁷ Det settes dermed spørsmålsteget ved hvordan søkere som kommer til å skjule sin seksuelle orientering, og dermed opptre på en måte som tilsier at vedkommende ikke vil risikere forfølgelse ved retur, kan sies å ha en velbegrunnet frykt i objektiv forstand.²⁴⁸ Hathaway og Pobjoy mener vurderingstemaet istedenfor skulle ha vært hva søkeren rent faktisk vil risikere ved retur til hjemlandet, og om dette innebærer forfølgelse.²⁴⁹ De mener derfor resultatet heller burde vært begrunnet i de psykiske følger det vil ha for søkeren å skjule sin seksuelle orientering, som i seg selv kan være så alvorlige at det vil kunne innebære forfølgelse.²⁵⁰

10.5.2 Sammenlignet med andre konvensjonsgrunner

I Rt. 2012 s. 494 fremkommer det at metoden skal anvendes i vurderingen av beskyttelsesbehovet til søkere som frykter forfølgelse på grunn av sin seksuelle orientering. Høyesterett uttrykker imidlertid ikke at metoden skal anvendes i vurderingen av de andre asylgrunnlag, som for eksempel religion eller de øvrige konvensjonsgrunnlag.

²⁴⁴ Hathaway(2011)

²⁴⁵ *Ibid* s. 338

²⁴⁶ *Ibid* s. 351

²⁴⁷ *Ibid* s. 331

²⁴⁸ *Ibid*

²⁴⁹ Hathaway(2011) s. 349

²⁵⁰ *Ibid* s. 352

Etter Høyesteretts avgjørelse, ga Justis- og beredskapsdepartementet i 2012 en instruks (GI-07/2012) som pålegger UDI å følge Høyesteretts trinn-for-trinn metode i saker hvor asylgrunnlaget er seksuell orientering. Instruksens presiserer at metoden i tillegg til å anvendes på homofile asylsøkere, også skal anvendes ved behandlingen av lesbiske, bifile transpersoner og intersexpersoner.²⁵¹

På bakgrunn av kritikken som er fremsatt mot metoden, ønsket imidlertid ikke departementet å gi metoden et videre anvendelsesområde enn det var rettslig grunnlag for. Justis- og beredskapsdepartementet har derfor instruert UDI om at denne trinn-for-trinn-metoden, kun skal anvendes i saker hvor asylgrunnlaget er seksuell orientering.²⁵² UNE har tilsvarende praksis.²⁵³

Praksisen medfører at utlendingsmyndighetene ikke anvender tilsvarende metode ved vurderingen av de øvrige asylgrunnlag. Spørsmålet blir derfor hvilken forskjell ulikheten i tilnærmingssmåte utgjør. For å belyse dette vil oppgaven ta utgangspunkt i konvensjonsgrunnlaget religion.

Religionsfriheten er en grunnleggende menneskerett som er nedfelt i SP art. 18 og EMK art. 9.²⁵⁴ Videre følger det av flyktningdefinisjonen i FK art. 1A(2) at religion er et av konvensjonsgrunnlagene, og det medfører at forfølgelse på grunnlag av religion kan gi rett til flyktningstatus, jf. utl. § 28 (1) a. I utl. § 30 (1) b fremkommer hva religion særlig skal omfatte.

I 2012 vurderte EU-domstolen i avgjørelsen X og Z mot Tyskland²⁵⁵ blant annet hvilke begrensninger av religionsfriheten som anses å utgjøre forfølgelse, samt om søkeren ved retur til hjemlandet kan pålegges et diskresjonskrav.

For det første kom domstolen frem til at ikke enhver krenkelse av religionsfriheten vil utgjøre forfølgelse. Krenkelsen må være alvorlig,²⁵⁶ jf. utl. § 29(1) a. Samtidig uttales det at det ikke er relevant å skille mellom handlinger som anses å være en del av religionsfrihetens

²⁵¹ GI-07/2012 avsnitt 3

²⁵² GI-07/2012 avsnitt 3

²⁵³ UNE (2015) punkt. VIII

²⁵⁴ Øyen(2013) s. 235

²⁵⁵ Joined Cases Y(C-71/11) and X(C-99/11) v. Bunderepublikk Deutschland (2012)

²⁵⁶ *Ibid* avsnitt 59

kjerneområde og ikke. Derfor vil alle aspekter av søkerens utøvelse av religion, offentlig som privat, alene eller i fellesskap med andre, omfattes derfor av religionsfriheten.²⁵⁷

Det avgjørende er derfor alvorligheten av handlingen og hvilke følger dette har for søkeren.²⁵⁸ En krenkelse av religionsfriheten kan utgjøre forfølgelse dersom det medfører at søkeren, ved å utøve sin religionsfrihet, utsettes for en reell risiko for å bli forfulgt konvensjonens forstand.²⁵⁹ Derfor vil både subjektive og objektive faktorer kunne være av betydning for risikovurderingen. Dersom eksempelvis offentlig religionsutøvelse er særlig viktig for søkeren, vil dette være relevant for risikovurderingen, selv om dette ikke er en sentralt element av søkerens trossamfunn.²⁶⁰

Til slutt vurderte domstolen om søkerens frykt for forfølgelse kan anses velbegrunnet dersom søkeren kan begrense forfølgelsesfaren ved å opptre diskret.²⁶¹ I tråd med UNHCRs anbefalinger konkluderte domstolen med at søkeren ikke kan pålegges et diskresjonskrav.²⁶² Det fremkommer at det må foretas en konkret individuell helhetsvurdering av alle sakens opplysninger, og dersom omstendighetene i saken tilsier at søkeren faktisk vil risikere forfølgelse ved retur til hjemlandet, vil vedkommende anses å ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Det forhold at søkeren kan begrense forfølgelsesfaren ved å opptre diskret, vil ikke være av betydning for risikovurderingen.²⁶³

Dette må anses tilsvarende som vurderingen Høyesterett foretar i første del av Rt. 2012 s. 494.²⁶⁴ Begge domstolene vurderer hvordan søkeren vil opptre ved retur til hjemlandet, og avviser muligheten for å pålegge søkeren et krav om diskresjon. Domstolene legger videre til grunn at søkere som på grunn av sin åpenhet eller handlinger vil utsettes for en reell forfølgelsesfare ved retur til hjemlandet, anses å ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse, selv om forfølgelsesfaren kunne vært unngått ved diskresjon. Den samme tilnærmingen uttaler UNE at de har ved vurderingen av konvensjonsgrunnlaget religion.²⁶⁵

²⁵⁷ X og Y mot Tyskland avsnitt 63

²⁵⁸ *Ibid* avsnitt 64 jf. 70

²⁵⁹ *Ibid* avsnitt 67

²⁶⁰ X og Y mot Tyskland avsnitt 70

²⁶¹ *Ibid* avsnitt 73 flg.

²⁶² HCR/GIP/04/06 pkt. 13

²⁶³ X og Y mot Tyskland avsnitt 76-79

²⁶⁴ Se også UNE(2015) pkt. VI

²⁶⁵ UNE(2015) pkt. VI

Forskjellen er imidlertid at Høyesterett ikke stopper vurderingen der. Som redegjort for over, går Høyesterett et skritt lenger.²⁶⁶ I de tilfeller det blir lagt til grunn at søkeren kommer til å skjule sin seksuelle orientering ved retur til hjemlandet, anser Høyesterett årsaken til dette som avgjørende for søkerens beskyttelsesbehov.

Høyesteretts tilnærming medfører derfor, i motsetning til EU-domstolens, at også søkere som kommer til å skjule sin seksuelle orientering ved retur til hjemlandet, kan oppfylle vilkåret velbegrunnet frykt, så lenge frykten for forfølgelse anses å være en sentral årsak til søkerens valg. Søkere som ikke vil utsettes for en reell forfølgelsesfare ved retur til hjemlandet, kan derfor anses å ha en velbegrunnet frykt, så lenge årsaken til hemmeligholdet er frykten for forfølgelse.

Metoden som er oppstilt i Rt. 2012 s. 494 benyttes bare i saker om seksuell orientering. Dette medfører at ingen andre beskyttelsesgrupper i norsk rett vil anses å ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse, dersom det blir lagt til grunn at søkeren ved retur til hjemlandet, kommer til å opptre diskret, og av den grunn unngå forfølgelsesfare.

Spørsmålet blir derfor om det finnes noen forskjeller mellom konvensjonsgrunnene som tilsier at norsk rett går lenger i å beskytte mennesker på grunn av deres seksuelle orientering enn andre beskyttelsesgrupper?

Flyktningkonvensjonen beskytter ikke mot all forfølgelse. Forfølgelsen må ha sammenheng med en av de oppramsede konvensjonsgrunnene i FK art. 1 A(2), for at søkeren skal ha et beskyttelsesbehov. Av ordlyden fremkommer det at så lenge forfølgelsen har en årsakssammenheng med en eller flere av konvensjonsgrunnene, vil søkeren kunne ha et beskyttelsesbehov. Det fremkommer imidlertid ikke av Flyktningkonvensjonens ordlyd at konvensjonsgrunnene skal behandles ulikt, og ordlyden tilsier derimot at de ulike konvensjonsgrunnene er likeverdige, likestilte beskyttelsesgrunner.

At det ikke foreligger noe hierarki mellom konvensjonsgrunnene ble blant annet lagt til grunn av britisk høyesterett i avgjørelsen RT(Zimbabwe) fra 2012.²⁶⁷ Retten uttaler at dette er et veletablert prinsipp, som medfører at beskyttelsesvurderingen ikke skal variere i forhold til hvilken konvensjonsgrunn saken gjelder. Konvensjonen skal derfor eksempelvis ikke gi et svakere vern til mennesker som offentlig uttrykker sin politiske oppfatning enn til mennesker som velger å leve ut sin seksuelle orientering. Det skal derfor verken være enklere eller bedre

²⁶⁶ UNE(2015) pkt. VI

²⁶⁷ RT (Zimbabwe) and others v. Secretary of State for the Home Department (2012) avsnitt 25

å bli anerkjent på det ene eller andre konvensjonsgrunnlaget.²⁶⁸ Domstolen uttaler videre at begrunnelsen for dette finnes i konvensjonsgrunnenes grunnleggende karakter. Alle konvensjonsgrunnene omhandler karaktertrekk som er så grunnleggende for personens identitet, at den enkelte enten ikke har mulighet til eller ikke kan forventes å endre på, da dette anses så nært knyttet opp til personens identitet eller er en del av de grunnleggende menneskerettighetene.²⁶⁹

Det forhold at det ikke foreligger noe hierarki mellom konvensjonsgrunnene tilsier at domstolen ikke skal gå lenger i å beskytte mennesker som har seksuell orientering som sitt asylgrunnlag enn hvor søkerens asylgrunnlag er begrunnet i en annen konvensjonsgrunn.

Heller ikke Flyktningkonvensjonens formål som er beskytte mennesker som trenger det, mennesker som risikerer forfølgelse på grunn av en konvensjonsgrunn, tilsier en slik forskjellsbehandling.

I HJ(Iran) kan det imidlertid finnes uttalelser som tilsier at det allikevel er en forskjell mellom de ulike konvensjonsgrunnene. Domstolen uttaler at gruppen (seksuell orientering) er definert ut av sitt uforanderlige karaktertrekk, og i motsetning til en persons religion eller politiske oppfatning, kan en persons seksuelle orientering ikke endres.²⁷⁰ Hathaway og Pobjoy uttaler på samme måte at det kan foreligge gode grunner for å gjøre forskjell på disse konvensjonsgrunnene.²⁷¹

Imidlertid vil årsaken til hvorfor akkurat disse konvensjonsgrunnene er beskyttet, være et argument mot en slik forskjellsbehandling. Alle konvensjonsgrunnene er ansett beskyttelsesverdige, enten som ved seksuell orientering – fordi de anses som et uforanderlig karaktertrekk som ikke kan endres – eller som eksempelvis politisk oppfatning og religion – som selv om det vil være mulig å forandre, anses som så grunnleggende for personens identitet, at den enkelte ikke kan forventes å måtte oppgi.

I HJ(Iran) vektlegges de homofiles mulighet til å leve åpent og fritt, uten å risikere forfølgelse. Domstolen uttaler at en slik rett må kunne utledes av konvensjonens underliggende begrunnelse.²⁷² Domstolen argumenterer for at så lenge åpne homofile risikerer overgrep i hjemlandet, og det blir lagt til grunn at frykten for forfølgelse er en sentral årsak til

²⁶⁸ Øyen(2013) s. 233

²⁶⁹ RT (Zimbabwe) avsnitt 25

²⁷⁰ HJ(Iran) avsnitt 11

²⁷¹ Hathaway(2011) s. 384

²⁷² HJ(Iran) avsnitt 11 og 65

at søkeren ønsker å skjule sin seksuelle orientering, anser ikke domstolen hemmeligholdet som noe søkeren selv ønsker, men derimot som den tvingende årsaken til å unngå forfølgelse.²⁷³ Det forhold at søkeren kan unngå forfølgelse ved å opptre diskret, endrer ikke det faktum at homofile risikerer forfølgelse i hjemlandet. Domstolen legger derfor til grunn at årsaken til hemmeligholdet er myndighetenes manglende beskyttelse, samt søkerens kunnskap og frykt for hvilke overgrep søkeren risikerer dersom personen ikke skjuler sin seksuelle orientering, som er årsaken til hemmeligholdet.²⁷⁴

Beskyttelsesbehovet kan derfor sies å være begrunnet i hjemlandets manglende beskyttelse av homofile, i kombinasjon med at årsaken til hemmeligholdet er søkerens kunnskap om og frykten for hva som vil skje dersom søkeren lever ut sin seksuelle orientering i hjemlandet. Så lenge frykten for forfølgelse er årsaken til hemmeligholdet, anser domstolene det tilstrekkelig til å konstatere at søkeren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse.²⁷⁵

Videre uttaler domstolen at homofiles mulighet til å leve åpent og fritt, ikke avgrenses til seksuelle handlinger eller en spesiell oppførsel. Retten skal omfatte et vidt spekter av handlinger.²⁷⁶

Det kan derfor se ut som domstolens argumentasjon og uttalelser gjenspeiler utviklingen av menneskerettighetene og samfunnets syn på hva personens seksuelle identitet og seksuelle orientering omfatter. Flyktningkonvensjonen skal være dynamisk i sin karakter,²⁷⁷ og tolkningen av konvensjonen vil derfor kunne påvirkes av utviklingen av menneskerettighetene. Imidlertid vil henvisningen til konvensjonens underliggende begrunnelse tale for at metoden skal benyttes i beskyttelsesvurderingen av samtlige konvensjonsgrunnlag, og ikke bare i de tilfeller asylgrunnlaget er søkerens seksuelle orientering.

Konvensjonens formål, ordlyd, likhetshensynet og det forhold at det ikke foreligger hierarki mellom konvensjonsgrunnene tilsier imidlertid at konvensjonsgrunnlagene bør behandles likt. Slik situasjonen er i dag går imidlertid norsk rett lenge i å beskytte mennesker på grunn av seksuell orientering enn ved de øvrige konvensjonsgrunnlag. Det kan derfor argumenteres for at metoden bør gjelde også i andre saker enn hvor søkerens asylgrunnlag er seksuell orientering.

²⁷³ HJ(Iran) avsnitt 59

²⁷⁴ *Ibid* avsnitt 65

²⁷⁵ Rt-2012-494 avsnitt 39 og 57

²⁷⁶ *Ibid* avsnitt 78

²⁷⁷ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 15

Imidlertid vil innføring av metoden i beskyttelsesvurderingen av de øvrige beskyttelsesgrunnene kunne innebære en betydelig endring av asylretten, da mange søkere vil kunne anses å ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse, uten at det vil foreligge en fare for at søkeren blir forfulgt ved retur til hjemlandet.²⁷⁸

11 Mangel på beskyttelse fra hjemlandet

For å bli anerkjent som flyktning er det et vilkår at søkeren «... *er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å pårope seg sitt hjemlands beskyttelse...*» jf. utl. § 28 (1)a. Bakgrunnen er at retten til internasjonal beskyttelse er subsidiær.²⁷⁹ Kan hjemlandet beskytte søkeren, vil søkeren ikke ha behov for beskyttelse i et annet land, og søkeren vil derfor heller ikke ha rett på flyktningstatus.²⁸⁰

Det er derfor først når hjemlandet er ute av stand til og/eller ikke er villige til å treffe rimelige tiltak for å beskytte søkeren, jf. § 30 (3) c, at søkeren har et beskyttelsesbehov. Det kan eksempelvis være dersom søkeren på grunn av sin seksuelle orientering straffeforfølges av myndighetene.

Dersom forfølgeren er en annen enn myndighetene, eksempelvis en privatperson, blir spørsmålet om myndighetene har evne og vilje til å beskytte søkeren mot forfølgelse i fremtiden.²⁸¹ Myndighetene må kunne tilby søkeren effektiv beskyttelse.²⁸²

Det oppstilles derfor et krav til at staten må ha et fungerende system for å oppdage, rettsforfølge, og eventuelt straffe handlinger som utgjør forfølgelse, og søkeren må ha lik tilgang på beskyttelse som alle andre innbyggerne i hjemlandet.²⁸³ For å avgjøre om myndighetene faktisk har evnen eller viljen til å gi søkeren effektiv beskyttelse må det foretas en konkret helhetsvurdering av sakens individuelle og generelle forhold.²⁸⁴

²⁷⁸ UNE(2015) pkt. VIII

²⁷⁹ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 98

²⁸⁰ Håndboken pkt. 100 jf. Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 415

²⁸¹ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 90-91

²⁸² Håndboken pkt. 65

²⁸³ Utl. § 29 (2) c jf. G-08/2012 pkt. 3.2

²⁸⁴ G-08/2012 pkt. 3.2

11.1 Internflukt

- Kan søkeren få beskyttelse i en annen del av hjemlandet?

Dersom det fremgår av vurderingen at myndighetene ikke har evne eller vilje til å gi søkeren beskyttelse på søkerens hjemsted, må det undersøkes om søkeren kan få beskyttelse i en annen del av hjemlandet. Det er ikke alltid vedkommende vil risikere forfølgelse i hele hjemlandet.

Kan søkeren oppnå effektiv beskyttelse i en annen, trygg del av hjemlandet, vil søkeren normalt ikke ha behov for internasjonal beskyttelse og søkeren kan da bli henvist til å søke slik beskyttelse i en annen del av hjemlandet. Dette kalles internflukt og prinsippet kan i norsk rett utledes av utl. § 28(5).

Beskyttelsen må være «effektiv» og «rimelig», jf. utl. § 28(5). Området må både være trykt og tilgjengelig²⁸⁵ for søkeren, samtidig som det ikke fremstår urimelig å henvise søkeren til å bosette seg der. Det må derfor foretas en rimelighetsvurdering.²⁸⁶ Det avgjørende vil være søkerens muligheter til å klare seg i dette området.²⁸⁷

Hvorvidt internflukt er aktuelt vil derfor bero på sakens omstendigheter. Dersom søkeren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering, kan internflukt være aktuelt i land med store lokale, religiøse, kulturelle og sosiale variasjoner. Eksempelvis kan homofili være mer akseptert i en storby enn på landsbygda.²⁸⁸ Vedkommende kan lettere gli inn i mengden, og det kan være lettere å unngå forfølgelse, ved at samfunnet er mindre gjennomsliktig. På landsbygda er ofte forholdene mindre, den sosiale kontrollen større og befolkningen lever mer konservativt.²⁸⁹

Straffeforfølger myndighetene homofile, vil internflukt sjeldent være aktuelt, søkeren vil da ofte risikere forfølgelse i hele hjemlandet.²⁹⁰ Derfor vil internflukt primært være aktuelt i de tilfeller hvor forfølgeren er en ikke-statlig aktør, eksempelvis familien dersom de ikke har evne eller vilje til å oppsøke forfølge søkeren i en annen del av hjemlandet. Samtidig kan det

²⁸⁵ Innst.O.Nr.42 s. 21 og NOU 2004:20 s. 396

²⁸⁶ NOU 2004:20 s. 396-397. Se utlendingsforskriften § 7-1

²⁸⁷ Ot.prp.Nr.75 (2006-2007) s. 99

²⁸⁸ HCR/GIP/12/09 pkt. 55

²⁸⁹ Temanotat Iran(2012) pkt. 6.2

²⁹⁰ Einarsen(2000) s. 422

være deler av hjemlandet der myndighetene er mer tilgjengelige, og av den grunn i bedre stand til å tilby søkeren beskyttelse.

12 Avslutning

Oppgavens tema har vært hvordan en person på grunn av seksuell orientering kan anerkjennes som flyktning i Norge.

For å ha rett til flyktningstatus på grunn av seksuell orientering må søkeren oppfylle de kumulative vilkårene i utl. § 28 (1) a. I norsk rett er det i dag anerkjent at forfølgelse på grunn av seksuell orientering (medlemskap i en spesiell sosial gruppe) vil kunne danne grunnlag for flyktningstatus, så lenge søkeren ikke kan oppnå effektiv beskyttelse i hjemlandet. Forutsetningen er at søkeren anses å ha en velbegrunnet frykt for alvorlige overgrep.

I Rt. 2012 s. 494 oppstilte Høyesterett en trinn-for-trinn metode som skal anvendes i vurderingen av om homofile har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering. Metoden som i dag kun anvendes i beskyttelsesvurderingen hvor asylgrunnlaget er seksuell orientering, har medført en endring i tilnærming til søkerens beskyttelsesbehov.

Tidligere ble det forventet at homofile asylsøkere ville tilpasse seg de sosiokulturelle normene i hjemlandet, og på den måten minske eller eliminere forfølgelsesfaren. Dette gjaldt så lenge innskrenkingene ikke ble for alvorlige, og det ikke forelå holdepunkter for noe annet.

En slik praksis ble imidlertid ansett å være i strid med Flyktningkonvensjonen, og kravet til diskresjon ble avvist av Høyesterett i 2012.

Beskyttelsesvurderingen inneholder både en bevisvurdering og en risikovurdering. I bevisvurderingen må søkerens seksuelle orientering sannsynliggjøres. Utlendingsmyndighetene må derfor vurdere om søkeren er homofil eller vil bli oppfattet som homofil i hjemlandet. Den vanskelige bevissituasjonen, og det senkede beviskravet tilsier at troverdighetsvurderingen vil være avgjørende.

Fremstår søkeren som troverdig og søkerens seksuelle orientering anses tilstrekkelig sannsynliggjort, skal det foretas en vurdering av om homofile som er åpne om sin seksuelle orientering i hjemlandet risikerer forfølgelse. I risikovurderingen må søkerens individuelle omstendigheter sammenholdes med de generelle omstendighetene.

Dersom det blir lagt til grunn at åpne homofile risikerer forfølgelse i hjemlandet, må det foretas en vurdering av hvordan søkeren vil opptre ved retur til hjemlandet. Søkere som vil være åpne om sin seksuelle orientering, vil anses å ha en velbegrunnet frykt, uavhengig av muligheten for diskresjon.

Dersom det derimot blir lagt til grunn at søkeren vil skjule sin seksuelle orientering, og således kunne unngå forfølgelse, må årsaken til søkerens valg undersøkes nærmere. Høyesterett oppstilte her et årsakskrav. Domstolen går her et skritt lenger enn ellers ved vurderingen av de øvrige beskyttelsesgrunner, og anser årsaken til hemmeligholdet avgjørende for søkerens beskyttelsesbehov.

Tilnærmingen medfører derfor at også søkere som kommer til å skjule sin seksuelle orientering ved retur til hjemlandet, kan oppfylle vilkåret velbegrunnet frykt, så lenge frykten for forfølgelse anses å være en sentral årsak til vedkommendes valg. Dette medfører at også søkere som ikke vil utsettes for en reell forfølgelsesfare ved retur til hjemlandet, kan anses å oppfylle vilkåret velbegrunnet frykt. Av den grunn har metoden blitt kritisert.

Det forhold at metoden kun benyttes i de tilfeller asylgrunnlaget er seksuell orientering innebærer at norsk rett går lenger i å beskytte mennesker på grunn av seksuell orientering enn ved de øvrige konvensjonsgrunnlag. Konvensjonens formål, ordlyd, likhetshensynet og det forhold at det ikke foreligger hierarki mellom konvensjonsgrunnene tilsier imidlertid at de ulike konvensjonsgrunnlagene bør behandles likt.

Litteraturliste

LOVER

- | | |
|------|--|
| 1814 | Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814 |
| 1967 | Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) |
| 1988 | Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) – opphevet |
| 1999 | Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) |
| 2008 | Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) |

FORSKRIFTER

- | | |
|------|---|
| 1990 | Forskrift 21. desember 1990 nr. 1028 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) – opphevet |
| 2008 | Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) |

FOR- OG ETTERARBEIDER

Norges offentlige utredninger (NOU)

- | | |
|-------------|---|
| NOU 2004:20 | <i>Ny utlendingslov</i> |
| NOU 2001:32 | <i>Rett på sak - Lov om tvisteløsning (tvisteloven), bind A</i> |

Proposisjoner (Tidl. Odelstingsproposisjoner)

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)	<i>Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)</i>
Prop. 88 L (2012-2013)	<i>Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminering og tilgjengelighetsloven)</i>

Innstilling til Stortinget (Tidl. Innstilling til Odelstinget)

Innst. O nr. 42 (2007-2008)	<i>Innstilling fra kommunal og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)</i>
Innst. 74 L (2011-2012)	<i>Innstilling til fra kommunal og forvaltningskomiteen om endringer i utlendingsloven m.m. (høring av barn mv.)</i>

Stortingsdokumenter

St.meld. nr. 25(2000-2001)	<i>Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg</i>
Meld. St. 10 (2014-2015)	<i>Muligheter for alle menneskerettighetene som mål og middel i utenriks- og utviklingspolitikken</i>

Internasjonale forarbeider

UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *Report of the Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Persons (Lake Success, New York, 16 January to 16 February 1950)*, 17 February 1950, E/1618; E/AC.35/5

INTERNASJONALE TRAKTATER, DIREKTIVER OG FORORDNINGER

Traktater

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjonen, Roma 4. november 1950
-----	---

Flyktningkonvensjonen	FN's konvensjon om flyktningers stilling, Geneve 28. juli 1951
Tilleggsprotokoll	Protokoll til konvensjon om flyktningers stilling, New York 4. oktober 1967
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, New York 16. desember 1966
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969
EU-charteret	Charter of fundamental rights of the European Union, Nice, 7. desember 2000

EU-direktiv

Directive 2011/95/EU	Of the European Parliament of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), 20. desember 2011, (Erstatter: Council Directive 2004/83/EC, 29. april 2004)
----------------------	--

FN-forordninger

A/HRC/RES/17/19	FNs menneskerettighetsråd, National institutions for the promotion and protection of human, 6. juli 2011 (http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/85/PDF/G1114485.pdf?OpenElement) [Sitert 14. november 2015]
A/HRC/RES/27/32	FNs menneskerettighetsråd, Human rights, sexual orientation and gender identity, 10. juli 2014 (http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/177/32/PDF/G1417732.pdf?OpenElement) [Sitert 14. november 2015]

PRAKSIS

Rettspraksis

Rt-2000-1811

Rt-2010-858

Rt-2011-1481

Rt-2012-139

Rt-2012-494

LB-2013-142080

Forvaltningspraksis (UNEs praksisbase)

N123498214

Avsagt desember 2011

N128226214

Avsagt desember 2010

N11431227

Avsagt november 2010

Folkerettslig praksis

- FNs menneskerettskomite (HRC):

Toonen v. Australia

Human Rights Committee, CCPR/C/50/488/1992 4. april 1994

- Den Europeiske menneskerettsdomstolen (EMD):

Dudgeon v. The United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. oktober 1981

- EU-domstolen (CJEU):

X, Y og Z mot Nederland

Joined Cases C-199/12, C200/12 and C-201/12 – X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel, ECLI:EU:C:2013:720, 7. november 2013

X og Y mot Tyskland Joined Cases C-71/11 and C 99/11 – X and Y v. Bunderepublikk Deutschland, ECLI:EU:C:2012:518, 5. september 2012

A, B og C mot Nederland Joined Cases C 148/13, C-149/13 and C 150/13 – A, B and C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, ECLI:EU:C:2014:2406, 2. desember 2014

Utenlandsk praksis

I.N.S v. Cardoza-Fonseca Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca, 107 S.Ct. 1207, Supreme Court of the United States, 9. mars 1987

I.N.S v. Pitcherskaia Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service, 118 F.3d 641, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 24. juni 1997

Appellant S395/ 2002 v. Mima Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, 216 CLR 473, Australia: High Court, 9. desember 2003

HJ (Iran) HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 31, United Kingdom Supreme Court, 7. juli 2010

RT (Zimbabwe) RT (Zimbabwe) v. Secretary of State for the Home Department, [2012] UKSC 38, United Kingdom Supreme Court, 25. juli 2012

RUNDSKRIV OG INSTRUKSER FRA JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENTET

GI-07/2012 Justis- og beredskapsdepartementet, Instruks om tolkning av Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a – forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet, 2. juli 2012

G-08/2012

Justis- og beredskapsdepartementets retningslinjer om kjønnsrelatert forfølgelse, 2. juli 2012

UTLENDINGSNEMDA

UNE Praksisnotat

Praksis i UNE- homofili, 08. april 2013

UNE Praksisnotat

Kravet til forfølgelsens art og omfang – terskelen, 9. oktober 2009

UNE (2015)

Utlendingsnemndas kommentarer til FoU-rapport: Forfølgelse basert på religion og tilhørighet til sosial gruppe (seksuell legning) – praksis i UDI og UNE etter Høyesteretts dom av 29. mars 2012, 23. februar 2015

FNS HØYKOMMISSÆR FOR FLYKTNINGER (UNHCR)

Håndboken

Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling (første gang utgitt i Genève i 1979, i norsk oversettelse utgitt i Oslo 2003)

HCR/GIP/02/02

Guidelines on International protection: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1 A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7. mai 2002

HCR/GIP/03/04

Guidelines on International Protection No. 4: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 23. juli 2003

HCR/GIP/04/06

Guidelines On International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28. april 2004

HCR/GIP/12/01

Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or

Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 23. oktober 2012

UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 21. november 2008

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Beyond Proof, Credibility Assessment in EU Asylum Systems: Full Report*, May 2013, available at:

(<http://www.refworld.org/docid/519b1fb54.html>) [sitert: 30. september 2015]

LITTERATUR

1. Bøker

Einarsen, Terje, *Retten til vern som FLYKTNING*, 2000

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgensen, 2001

Vevstad, Vigdis (red.), *Utlendingsloven, Kommentarutgave*, 2010

Øyen, Øyvind Dybvik (red.) *Lærebok i utlendingsrett*, 2013

Hathaway, James C. og Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, 2. utg., 2014

2. Artikler og tidsskrifter

Hathaway, James C. og Pobjoy, Jason, *Queer cases make bad law*, Journal of International Law and Politics, Vol. 44. 2011, side 315-388

Roth, Kenneth, LGBT: *Moving towards equality*, I: Outlook on the Global Agenda 2015, s. 64-67, 2014 (<http://reports.weforum.org/outlook-global-agenda-2015/wp-content/blogs.dir/59/mp/files/pages/files/lgbt.pdf>) [sitert 30. oktober 2015]

3. Andre publikasjoner

Flyktninghjelpen(2015): Flyktningregnskapet, Alt om mennesker på flukt verden over, 2. Utg., (<http://www.flyktninghjelpen.no/?aid=9079320#.VllsE98vfaY>) [sitert 26. oktober 2015]

Utenriksdepartementet(2010): Fremme av menneskerettighetene til LHBT – lesbiske, homofile, bifile og transpersoner -Veiledning for å systematisere og styrke utenriksstasjonenes arbeid med LHBT, (https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/UD/Vedlegg/Menneskerettigheter/Veiledning_MR_LHBT.pdf) [sitert 13. november 2015]

Yogyakarta-prinsippene(2007): THE YOGYAKARTA PRINCIPLES - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, (http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm) [sitert 30. september 2015]

SMUG(2014): From Torment to Tyranny Enhanced Persecution in Uganda Following the Passage of the Anti-Homosexuality Act 2014 20 December 2013 – 1 May 2014, (<http://sexualminoritiesuganda.com/wp-content/uploads/2014/11/SMUG-From-Torment-to-Tyranny.pdf>) [sitert 13. november 2015]

Landinfo(2012): Temanotat – Iran: Homoseksualitet og homofile i den islamske republikken Iran, (http://www.landinfo.no/asset/2223/1/2223_1.pdf) [sitert 30. september 2015]

Landinfo(2012): Afghanistan: Homofili, (http://www.landinfo.no/asset/2045/1/2045_1.pdf) [sitert 30. september 2015]

NETTSTEDER

Utlendingsdirektoratet (UDI): «Statistikk» (<http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/>) [lest 6. november 2015]

Utlendingsdirektoratet (UDI): «Ord og begreper» (<http://www.udi.no/ord-og-begreper/>) [lest 15. september 2015]

Flyktninghjelpen: «Tall og fakta - Oversikt over viktige begreper» (<http://www.flyktninghjelpen.no/?aid=9079310#.VlOc1d8vfaZ>) [lest 2. oktober 2015]

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet: «LHBT-ordlista» (http://www.bufdir.no/Lhbt/LHBT_ordlista/) [lest 15. september 2015]

LLH – Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner: «Begrepsguide» (<http://www.llh.no/?module=Articles;action=Article.publicShow;ID=741>) [lest 15. september 2015]

Utlendingsnemda: «Praksisbasen» (<http://praksis.une.no/CES5/?sk=NyLov>) [lest 1. november 2015]

Amnesty International: «Seksuell orientering og kjønnsidentitet» (<http://www.amnesty.no/LHBTI>) [lest 15. august 2015]

NOAS: «TEMA: Asylprosessen i Norge – Hva skjer når du søker asyl i Norge?» (<http://www.noas.no/tema-asylprosessen-i-norge/>) [lest 14. oktober 2015]

Landinfo: «Om landinfo» (<http://www.landinfo.no/id/6.0>) [lest 14. oktober 2015]

PERSONLIG MEDDELELSE

UDI v/ Sandal, Helen, e-post, 24. november 2015